

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La régulation de certains aspects juridiques du commerce électronique par les Communautés

Jacquemin, Hervé

Publication date:
2011

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Jacquemin, H 2011, *La régulation de certains aspects juridiques du commerce électronique par les Communautés*. Conseil supérieur de l'audiovisuel, Bruxelles.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DIRECTION DES ETUDES ET RECHERCHES

**LA RÉGULATION DE CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DU COMMERCE
ÉLECTRONIQUE PAR LES COMMUNAUTÉS**

Hervé JACQUEMIN

Décembre 2011

La Collection « Etudes et recherches » regroupe les travaux réalisés par les différents chercheurs que le CSA accueille en son sein. Tant les chercheurs en résidence (premier emploi, docteurs/doctorants, pause-carrière), que les stagiaires et, bien sûr, les membres du CSA sont amenés, à titre personnel, à contribuer à la richesse de la collection.

Des **mandats d'accueil de chercheur en résidence** ont été créés au sein du Conseil supérieur de l'audiovisuel de la Communauté française afin de contribuer au développement de la recherche, de stimuler la connaissance de la régulation audiovisuelle et de permettre le perfectionnement des candidats sélectionnés par le CSA.

Ces mandats d'une durée de 3 ou 4 mois sont destinés :

1. soit à un **premier emploi** pour des étudiants qui ont terminé leur deuxième cycle universitaire (ou d'un enseignement de type long de niveau universitaire) ;
2. soit aux **chercheurs (doctorants ou docteurs)** qui souhaitent développer des réflexions dans le champ de compétence de la régulation ;
3. soit aux **professionnels** qui (notamment dans le cadre d'une pause-carrière) souhaitent développer des réflexions dans le champ de compétence de la régulation.

Chacun de ces mandats est attribué une fois l'an, sur base de critères objectifs et homogènes.

Des appels à candidature réguliers sont lancés sur le site du CSA et tout site ou autre support jugé pertinent par ce dernier.

Information : <http://www.csa.be/chercheurs>

Le CSA accueille et encadre régulièrement des **étudiants stagiaires** en provenance de différentes filières (droit, analyse des médias, économie, relations publiques, ressources documentaires...). Il contribue ainsi à la formation des futurs professionnels de l'audiovisuel.

Les étudiants candidats stagiaires soumettent, par écrit, leur proposition de stage à l'attention de la directrice des études et des recherches, Muriel Hanot, soit par mail au info@csa.be, soit par courrier Boulevard de l'Impératrice, 13, 1000 Bruxelles.

L'objet du stage doit s'inscrire dans les matières en lien avec la régulation audiovisuelle et les missions du CSA : production audiovisuelle, protection des mineurs, publicité, diversité, accessibilité, dignité humaine, droit à l'information, droit à l'image, discrimination, transparence, pluralisme, télécommunication, numérique, relations publiques, catalogage...

Information : <http://www.csa.be/pages/show/89>

Déjà publiés dans la collection :

- C. BODSON, *La représentation de la diversité au sein des programmes de la télévision belge francophone*, CSA, décembre 2009.
- M. CULOT, *La place et l'usage de l'interactivité dans les débats des élections de juin 2009*, CSA, juillet 2010.
- M. SMETS, *Etat des lieux et perspective de développement de la production télévisuelle indépendante en Communauté française*, CSA, décembre 2010.
- F. BANGISA, *La régulation de la call TV : une compétence du CSA à ne pas laisser au hasard*, CSA, mai 2011.
- H. JACQUEMIN, *La régulation de certains aspects juridiques du commerce électronique par les communautés*, CSA, décembre 2011.

Cette publication relève de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur.

Cette loi précise entre autres que l'auteur « dispose du droit au respect de son oeuvre lui permettant de s'opposer à toute modification de celle-ci » et qu'il a « le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre ou à toute autre atteinte à la même oeuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ». Elle rappelle que, sauf accord explicite de l'auteur, sont seules autorisées les courtes citations « effectuées dans un but de critique, de polémique, de revue, d'enseignement, ou dans des travaux scientifiques, conformément aux usages honnêtes de la profession et dans la mesure justifiée par le but poursuivi (...). Les citations visées devront faire mention de la source et du nom de l'auteur ».

SOMMAIRE

INTRODUCTION	4
CHAPITRE 1 ^{ER} , ÉLÉMENTS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE POUVANT ÊTRE CONSIDÉRÉS COMME DES SERVICES DE RADIODIFFUSION	6
CHAPITRE 2. DIFFICULTÉS POSÉES PAR CETTE QUALIFICATION ET PISTES DE SOLUTION	34
CONCLUSION	70
TABLE DES MATIÈRES	73

LA RÉGULATION DE CERTAINS ASPECTS JURIDIQUES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE PAR LES COMMUNAUTÉS

Hervé Jacquemin, chercheur en résidence CSA – décembre 2011

INTRODUCTION

1. Convergence des médias et commerce électronique. Le développement des technologies de l'information et de la communication s'est accompagné d'une convergence croissante entre les médias. Auparavant, la télévision, la radio ou la presse écrite visaient en effet des réalités distinctes et les risques de confusion étaient rares, voire inexistantes. Le constat ne se vérifie plus aujourd'hui. Plus précisément, on observe que la convergence – ou le rapprochement – s'opère dans une double perspective.

Elle concerne d'abord les supports. En raison notamment du recours à l'internet et des services offerts par ce biais, on peut désormais lire un quotidien de la presse écrite, écouter une émission de radio ou regarder un journal télévisé sur un ordinateur classique, voire sur un téléphone portable ou tout autre appareil mobile connecté au réseau (un ipod, par exemple) ; il est également possible d'accéder à l'internet en se servant de sa télévision ou de « regarder »¹ une émission de radio par ce canal. Globalement, un même contenu peut être fourni à son destinataire par divers moyens de communication et en mobilisant des supports variés. En outre, il n'est plus rare que, même dans l'hypothèse de médias traditionnellement diffusés de manière linéaire, suivant une grille de programme (la télévision classique, par exemple), des services de type non linéaire (à la demande) soient offerts.

La convergence tient également à la manière dont les contenus sont extériorisés et transmis à leurs destinataires. En effet, les progrès technologiques rendent possible la diffusion des contenus par la combinaison de textes, d'images (animées ou non) et de sons. Sur l'internet, on se limite de moins en moins à l'un de ces modes de diffusion (soit le texte ; soit les vidéos ; soit les sons). Au contraire, les prestataires veillent généralement à mobiliser toutes les ressources des outils multimédias, de manière à garantir avec la plus grande efficacité, la communication des contenus à leurs destinataires. En pratique, cette tendance se traduit notamment par la présence de petites vidéos sur les sites internet de quotidiens de la presse écrite ou par celle de commentaires écrits substantiels sur les sites internet des chaînes de télévision. De même, il n'est plus rare de trouver des vidéos publicitaires ou de présentation des biens ou services sur des sites web transactionnels ou servant de vitrines « virtuelles » à des entreprises.

2. Difficultés posées par la convergence des médias. Dans le domaine du commerce électronique, entendu au sens large (et qui concerne notamment les relations contractuelles nouées à travers les réseaux ou les questions de responsabilité susceptibles d'être engagées pour des contenus illégaux ou illicites), la convergence des médias décrite précédemment, en particulier dans sa seconde manifestation, engendre diverses difficultés.

¹ Même si cela peut sembler paradoxal...

Pour les présenter et tâcher d'y apporter, dans la mesure du possible, des réponses satisfaisantes, une analyse en deux temps s'impose.

3. Eléments du commerce électronique pouvant être considérés comme de la radiodiffusion. Le domaine d'application de certaines dispositions légales ou réglementaires régissant des contenus susceptibles d'être diffusés sur le net est déterminé par le recours (ou non) à l'un de ces médias. On songe à la directive sur les services de médias audiovisuels² (également désignée, dans la suite du rapport, directive SMA), qui exclut la simple transmission audio, ou aux règles en matière de droit de réponse, qui diffèrent selon qu'il est exercé à la suite d'informations diffusées dans la presse écrite ou à la télévision³. Encore faut-il savoir si les nouveaux moyens de communication, et en particulier le recours à l'internet, peuvent s'accommoder de ces conditions d'application matérielles, personnelles ou spatiales.

En Belgique, des difficultés complémentaires résultent de cette convergence dans la mesure où la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées peut également varier en fonction du média – ou du mode d'extériorisation – utilisé. Conformément à la Constitution et aux lois spéciales de réformes institutionnelles, les Communautés sont en effet compétentes en matière de radiodiffusion (ce qui couvre notamment la télévision et certains services de l'internet).

Dans un premier temps (chapitre 1^{er}), notre propos sera donc d'identifier, au sein des matières ressortissant globalement au commerce électronique, celles qui peuvent être qualifiées de « services de radiodiffusion » (ou de « services de médias audiovisuels »).

4. Conséquences de la qualification en « service de médias audiovisuels » ou en « service de radiodiffusion » et pistes de solution. Plusieurs conséquences résultent de la qualification de certains aspects du commerce électronique en « services de médias audiovisuels ».

Cette qualification constitue en effet un élément clé pour cerner l'étendue des compétences communautaires en la matière. C'est d'ailleurs ce fondement qui a conduit les entités fédérées à adopter des dispositions décrétales encadrant les services de radiodiffusion (en Communauté flamande) ou les services de médias audiovisuels (en Communauté française) et dont l'objectif est notamment de transposer la directive SMA.

Cette compétence communautaire, ainsi que la manière dont le SMA est défini, pose diverses difficultés, révélées en particulier par la convergence entre les médias. La complexité du cadre normatif rend en effet délicate l'identification des règles applicables à une situation donnée, en raison de l'intervention de plusieurs législateurs, dont les compétences matérielles et territoriales peuvent se chevaucher. On peut également regretter le manque de cohérence de la terminologie utilisée ou de

² Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), *J.O.*, n° L 95 du 15 avril 2010. Sur cette directive (ou celles dont elle assure la coordination, voy. not. F. JONGEN (sous la dir. de), *La directive Services de médias audiovisuels. Le nouveau cadre juridique de l'audiovisuel européen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 207 p.

³ Voy. la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse.

l'acception donnée à certaines notions, ainsi que l'existence de différences de traitement potentiellement discriminatoires. C'est dans ce cadre que les dispositions applicables aux services de la société de l'information seront examinées. Après avoir souligné les faiblesses du cadre normatif actuel, l'étude avance plusieurs solutions permettant de les réduire, tout en tirant avantage de l'intervention communautaire.

Le chapitre 2 de la présente étude a donc pour objectif d'identifier les difficultés posées par la qualification de certains aspects juridiques du commerce électronique en services de médias audiovisuels (ou en services de radiodiffusion), pour formuler des propositions *de lege ferenda* de nature à leur apporter des solutions satisfaisantes.

CHAPITRE 1^{ER} : ÉLÉMENTS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE POUVANT ÊTRE CONSIDÉRÉS COMME DES SERVICES DE RADIODIFFUSION

5. Le concept de radiodiffusion est un élément clé pour partager les compétences, notamment dans le domaine du commerce électronique. Ni la Constitution, ni la loi spéciale de réformes institutionnelles ne donnent expressément compétence aux collectivités fédérées, voire à l'autorité fédérale, pour légiférer dans le domaine du commerce électronique. On ne s'en étonne guère. Outre que l'expression (et ce qu'elle recouvre) n'existait pas comme telle lors de la dernière réforme de l'Etat⁴, elle vise, nous les verrons, des réalités susceptibles de ressortir à la compétence fédérale, communautaire ou régionale. Aussi se prête-t-elle mal, *a priori*, à une attribution exclusive de compétence au profit d'un seul législateur.

Il reste à préciser l'élément en vertu duquel les communautés pourraient recevoir compétence pour légiférer en matière de commerce électronique. En l'occurrence, il réside dans la compétence attribuée par la Constitution aux communautés dans les matières culturelles⁵. Plus précisément, la loi spéciale de réformes institutionnelles liste, parmi celles-ci, « la radiodiffusion et la télévision, à l'exception de l'émission de communications du Gouvernement fédéral »⁶.

C'est sur cette base qu'ont été adoptés le décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision⁷ (ci-après, décret de la Communauté flamande) ; le décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels⁸ (ci-après, décret de la Communauté française) et le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques⁹ (ci-après,

⁴ Ou, à tout le moins, elle n'en était qu'à ses balbutiements.

⁵ Art. 127, § 1^{er}, 1°, Const., pour les communautés française et flamande ; art. 130, 1° et 2°, Const., pour la Communauté germanophone.

⁶ Art. 4, 6°, de la L. sp. de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 15 août 1980.

⁷ *M.B.*, 30 avril 2009. Sur ce décret, voy. not. D. STEVENS, K. LEFEVER, P. VALCKE et D. BRAECKEVELT, « Structuur en krachtlijnen van Het Nieuwe Vlaamse Mediadecreet », *AM*, 2009, pp. 355 et s.

⁸ *M.B.*, 24 juillet 2009. Pour un commentaire de ce décret, voy. not. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *AM*, 2009, pp. 364 et s. ; A. LEFEBVRE, « La transposition de la directive 'Services de médias audiovisuels' en Communauté française de Belgique », *R.D.T.I.*, 2009/36, pp. 63 et s.

⁹ *M.B.*, 6 septembre 2005. Sur ce décret, voy. Y. DERWAHL, « La transposition de la directive SMA et les défis de la régulation des médias audiovisuels en Communauté germanophone de Belgique », *R.D.T.I.*, 2010/38, pp. 5 et s.

décret de la Communauté germanophone). S'agissant des prestataires établis dans la Région de Bruxelles-Capitale dont les activités en matière de radiodiffusion ne peuvent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou l'autre communauté, le législateur fédéral est compétent¹⁰. Aussi faut-il se référer à une loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de communications électroniques et services de communications électroniques et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale¹¹ (ci-après, loi applicable dans la Région de Bruxelles-Capitale).

6. Les notions de « radiodiffusion » ou de « service de médias audiovisuels » déterminent le domaine d'application des décrets. Au-delà de son rôle « constitutionnel », la notion de « service de radiodiffusion » ou, suivant une terminologie plus récente, celle de « service de médias audiovisuels » conditionne également l'application des textes précités.

L'article 2, § 1^{er}, du décret de la Communauté française énonce ainsi que « sans préjudice des dispositions particulières applicables à la RTBF, le présent décret s'applique à toute activité relative aux services de médias audiovisuels ». La notion détermine également le champ d'application de la directive sur les services de médias audiovisuels, que ce décret a pour objet de transposer en droit belge.

On note que la Communauté flamande a, quant à elle, conservé l'expression « service de radiodiffusion ».

7. Des notions polysémiques et évolutives. À s'en tenir à la manière dont la « radiodiffusion » (ou le « service de médias audiovisuels ») est comprise par la jurisprudence ou les dispositions normatives (au niveau européen ou belge), force est de constater qu'il s'agit d'un concept à contenu variable, suivant la source de l'interprétation et son moment. Cette caractéristique ne sert pas la sécurité juridique et tend à compliquer singulièrement l'analyse du critère.

Elle s'explique néanmoins par la pluralité des rôles que le concept est appelé (ou a été appelé) à jouer. D'une part, la « radiodiffusion » constitue un critère de répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les collectivités fédérées, la matière de la radiodiffusion étant attribuée de manière exclusive aux communautés. D'autre part, ce concept – ou celui de services de médias audiovisuels – permet de circonscrire le domaine d'application de la directive sur les services de médias audiovisuels et des décrets de transposition. Aussi conçoit-on sans peine que, compte tenu de cette diversité d'objectifs, les critères retenus ne soient pas nécessairement identiques ou aient pu évoluer au fil du temps. Au moment d'analyser les éléments constitutifs de la notion, nous veillerons à souligner, le cas échéant, les critères tirés des décrets communautaires ou ceux qui résultent de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

¹⁰ Conformément à l'art. 127, § 2, Const., les décrets des communautés française ou flamande adoptés sur la base de l'article 127, § 1^{er}, Const., « ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi qu'à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ». On en déduit *a contrario* que les activités ne pouvant être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou l'autre communauté ressortissent à la compétence de l'autorité fédérale (à ce sujet, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 365).

¹¹ M.B., 22 février 1996.

Il n'en reste pas moins qu'aujourd'hui, la notion doit être interprétée à la lumière du droit de l'Union, en particulier la directive sur les services de médias audiovisuels.

8. Plan du chapitre 1^{er}. Dès lors que l'expression « commerce électronique » n'est pas définie en droit belge, il s'indique, dans un premier temps, de déterminer les hypothèses que nous visons (section 1^{ère}). Ensuite, les éléments constitutifs de la notion de « radiodiffusion » ou de « service de médias audiovisuels » seront examinés avec précision et appliqués aux hypothèses ressortissant au commerce électronique (section 2).

Enfin, en guise de synthèse, nous reviendrons sur les cinq *case studies* retenus (section 3).

Section 1^{ère}. Détermination des hypothèses ressortissant à la notion de commerce électronique

9. Notion de « commerce électronique » ? En l'absence de définition légale, il importe d'isoler les hypothèses couvertes par l'expression et de définir les critères permettant de les caractériser. On observe que l'exercice poursuit avant tout un objectif pédagogique dès lors qu'il n'existe pas de cadre normatif s'appliquant au « commerce électronique » en tant que tel.

10. « Commerce électronique » et « service de la société de l'information ». La directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »)¹² est transposée en droit belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, LSSI)¹³. Même s'il est fait référence à l'expression « commerce électronique », notamment dans l'intitulé même de la directive, aucun de ces textes ne définit l'expression. C'est en effet la notion de « service de la société de l'information » qui permet de circonscrire leur domaine d'application. Plus précisément, elle désigne « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service »¹⁴. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette notion, pour la comparer à celle de « service de médias audiovisuels » (*infra*, n^{os} 61 et s.).

A ce stade, précisons déjà que, même s'il existe de très nombreux éléments de convergence, les notions de « commerce électronique » et de « service de la société de l'information » ne se recouvrent pas parfaitement. En effet, si l'exigence d'un « service presté à la demande individuelle d'un destinataire du service » peut se comprendre dans le contexte de la directive, elle nous semble trop restrictive pour définir le commerce électronique, eu égard aux nombreux services qu'elle conduit à exclure. Aussi préférons-nous donner à la notion une acception plus large, en tout cas à ce stade.

¹² J.O. n° L 178 du 17 juillet 2000.

¹³ M.B., 17 mars 2003. Plus précisément, la transposition est assurée par l'adoption de deux lois distinctes. Outre le texte précité, il faut en effet avoir égard à la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution, M.B., 17 mars 2003.

¹⁴ Art. 2, 1°, de la LSSI. Voy. aussi l'art. 1^{er}, 2°, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (J.O. L 24 du 21 juillet 1998), auquel renvoie l'article 2, a), de la directive sur le commerce électronique.

11. Définitions tirée de la LCEN française. Il est intéressant de noter qu'aux termes de l'article 14 de la loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après, LCEN), qui transpose également la directive 2000/31/CE, le commerce électronique est compris comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services tels que ceux consistant à fournir des informations en ligne, des communications commerciales et des outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication ou d'hébergement d'informations, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent ».

Cette définition présente l'avantage de ne pas reprendre l'exigence d'un service presté à la demande individuelle d'un destinataire du service, ce qui permet de comprendre la notion de manière plus large.

12. Éléments caractéristiques du commerce électronique et proposition de définition. On trouve, dans la doctrine¹⁵ ou d'autres sources d'ordres national ou international¹⁶, diverses définitions de la notion de commerce électronique. Pour notre propos, il importe avant tout de souligner ses éléments caractéristiques de manière à identifier les hypothèses qu'elles couvrent et qui pourraient ressortir à la compétence des Communautés.

A l'analyse, deux éléments principaux doivent être pris en considération.

Le commerce électronique suppose *d'abord* la fourniture d'un *service* au sens des articles 56 et 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, TFUE). Aussi faut-il qu'il soit de nature économique, même s'il n'est pas requis que la rémunération soit payée par son destinataire. Au-delà, la prestation en tant que telle peut porter sur des biens ou des services (le cas échéant, il peut aussi s'agir de contenus numériques). De même, elle ne doit pas nécessairement donner lieu à la conclusion d'un contrat ; peuvent en effet ressortir au commerce électronique les techniques de e-marketing ou, plus globalement, les communications commerciales, ainsi que les obligations d'information imposées au stade précontractuel ou celles qui incombent aux personnes concernées indépendamment de l'existence d'un contrat. Dans ce dernier cas, on songe à l'obligation de réparer le dommage en lien de causalité avec une faute consistant, par exemple, en une atteinte à l'honneur ou à la réputation ou à

¹⁵ Voy. par ex. E. MONTERO, « Chronique de jurisprudence 2002-2008 – Droit du commerce électronique », *R.D.T.I.*, 2009/35, p. 11 : « il est certain que la notion [de commerce électronique] couvre un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Sont ainsi visés non seulement les services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne pour l'obtention d'un bien ou d'une prestation de service mais également une diversité de services qui ne sont pas nécessairement rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels les services consistant à fournir des informations en ligne, des publicités, des outils de recherche, d'accès et de récupération des données, ou encore des services consistant à transmettre des données par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un tel réseau ou à assurer l'hébergement de données ».

¹⁶ Voy. aussi la définition de wikipedia : « Electronic commerce, commonly known as e-comm, e-commerce or eCommerce, consists of the buying and selling of products or services over electronic systems such as the Internet and other computer networks. The amount of trade conducted electronically has grown extraordinarily with widespread Internet usage. The use of commerce is conducted in this way, spurring and drawing on innovations in electronic funds transfer, supply chain management, Internet marketing, online transaction processing, electronic data interchange (EDI), inventory management systems, and automated data collection systems. Modern electronic commerce typically uses the World Wide Web at least at some point in the transaction's lifecycle, although it can encompass a wider range of technologies such as e-mail, mobile devices and telephones as well (http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_commerce, consulté le 21 février 2011).

une violation de la vie privée. L'exercice d'un droit de réponse participe de la même logique. On note par ailleurs que la qualité des parties en présence importe peu : elles peuvent agir à des fins professionnelles ou privées (relations B2B ou B2C).

Le service doit *ensuite* être fourni à *distance et par voie électronique*. La condition de la fourniture à distance requiert que les parties ne soient pas en présence physique l'une de l'autre. Quant à la fourniture par voie électronique, elle désigne le recours aux technologies de l'information et de la communication. Par application du principe de neutralité technologique, le moyen de communication utilisé est sans importance : on vise en effet l'internet et le courrier électronique (en ce compris les SMS), fournis par un appareil fixe (ordinateur traditionnel) ou mobile (téléphone portable classique, *smartphones*, tablettes, *ipods*, etc.), ainsi que les services de nature télévisuelle. Ni l'infrastructure de communications électroniques, ni l'accès au réseau ne sont visés en tant que tels : seul le *contenu* fourni par ce biais retient en effet notre attention.

13. Présentation alternative des hypothèses ressortissant au commerce électronique, distinguées *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione technici*. Il nous paraît utile de poursuivre l'analyse en affinant les critères permettant de souligner les éléments distinctifs des hypothèses ressortissant au commerce électronique. Ceux-ci pourront en effet se révéler utiles au moment d'établir si les hypothèses concernées peuvent être considérées comme des services de radiodiffusion (ou des services de médias audiovisuels). Suivant une division classique, nous étudierons les critères *ratione materiae* et les critères *ratione personae*. Nous ajouterons également les critères *ratione technici*, qui rendent compte du moyen de communication utilisé. Cet élément est en effet d'une importance capitale dans le cadre de cette étude. Précisons toutefois que les frontières entre ces trois critères et les catégories subséquentes qui les composent sont loin d'être étanches.

Ratione technici (1), on peut d'abord (1.1.) différencier les contenus diffusés par l'entremise d'une télévision ou d'une radio classique, d'un ordinateur fixe (voire d'un *laptop*) ou d'un appareil mobile (de type *smartphone*, par exemple). En lien avec cette distinction, il convient de définir si le contenu est uniquement destiné à l'un de ses supports ou s'il peut être consulté à travers différents supports moyennant, le cas échéant, des adaptations techniques (1.2.). Ensuite (1.3.), le contenu en tant que tel peut être composé uniquement de texte (accompagné, le cas échéant, d'images fixes), de son, ou d'images animées (accompagnées, le cas échéant, de sons), voire d'une combinaison de ces éléments, dans une proportion variable. Enfin (1.4.), on peut se demander si le contenu est diffusé sur le site internet de l'éditeur et/ou sur une plateforme de partage de contenus (voire encore sur un site de réseaux sociaux ou sur un forum).

Ratione materiae (2), l'objet du site et le niveau d'interactivité attendu du destinataire peuvent être analysés (2.1.). S'agit-il d'un contenu diffusé à un destinataire qui, sous réserve du choix initial qu'il a réalisé, doit se limiter à le recevoir passivement ? Au contraire, le destinataire est-il encouragé à une plus grande interactivité, et invité, en ligne, à conclure un contrat ou à participer à un concours ou à un jeu de hasard ? On note encore que le contenu en question peut poursuivre un objectif commercial (communication commerciale, sites transactionnels, etc.) et/ou avoir un but d'information, de divertissement ou d'éducation (2.2.). Il faut aussi vérifier si le contenu a trait à certains biens (médicaments, alcool, tabac, confiseries sucrées) ou services (jeux de hasard, ventes aux enchères, etc.), pour lesquels une réglementation spécifique a été établie (2.3.).

Ratione personae (3), on doit examiner la situation du prestataire qui fournit le contenu et celle du destinataire qui le reçoit. (3.1.) Le premier peut en effet agir à des fins professionnelles et poursuivre un but économique ou au contraire, intervenir exclusivement à des fins privées. Relativement au destinataire (3.2.), on ne peut ignorer sa qualité de consommateur, sa minorité et tout autre élément le plaçant dans une position d'infériorité par rapport au destinataire (un handicap visuel ou auditif, par exemple).

Section 2. Éléments constitutifs de la « radiodiffusion » ou du « service de médias audiovisuels »

14. Où peut-on trouver une définition de la notion de « radiodiffusion » ? La notion de « radiodiffusion » n'est pas définie par la loi de réformes institutionnelles.

Dans divers arrêts, saisie pour se prononcer sur les règles de répartition des compétences, la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle, a précisé l'acception qui pouvait lui être donnée¹⁷. Dans un arrêt du 13 juillet 2005, elle a ainsi décidé que « les communautés sont compétentes pour les services de radiodiffusion, qui comprennent également la télévision, offerts via cette infrastructure, y compris pour les services qui fournissent des informations publiques destinées, du point de vue de celui qui les diffuse, à l'ensemble du public ou à une partie de celui-ci et qui n'ont aucun caractère confidentiel, même si leur diffusion se fait sur demande individuelle et quelle que soit la technique utilisée pour celle-ci. En revanche, un service qui fournit de l'information individualisée et caractérisée par une forme de confidentialité ne relève pas de la radiodiffusion »¹⁸.

On observe également que l'expression figurant à l'article 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles a été reprise par l'autorité flamande dans son décret du 27 mars 2009 relatif à *la radiodiffusion et à la télévision*. L'*activité*¹⁹, le *service*²⁰ et l'*organisme*²¹ de radiodiffusion reçoivent une définition légale, de même que le service télévisé et l'organisme de radiodiffusion télévisuelle. Ce décret transpose la directive sur les services de médias audiovisuels.

15. « Service de radiodiffusion » et « service de médias audiovisuels ». Le décret de la Communauté française, qui transpose également la directive sur les services de médias audiovisuels, ne mentionne pas expressément le concept de « radiodiffusion ». A l'instar de la directive, la notion de référence est désormais le « service de médias audiovisuels ». On observe cependant que, mis à part l'une ou l'autre différence (qui, du reste, ne résulte pas directement de l'expression utilisée), les définitions de ces notions sont très proches.

Suivant la directive SMA, la notion de « services de médias audiovisuels », préférée à celle de « radiodiffusion » à partir de 2007, est plus large que ce dernier concept. On ne peut d'ailleurs

¹⁷ Dans ces affaires, la Cour était principalement saisie pour se prononcer sur les règles de répartition des compétences.

¹⁸ C.A., arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005, B.7.2. Reprenant tout ou partie des éléments de cette définition, voy. C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.10.1. et B.10.2. ; C.A., arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004, B.4.1. et B.4.2.

¹⁹ Art. 2, 25°, du décret de la Communauté flamande.

²⁰ Art. 2, 26°, du décret de la Communauté flamande.

²¹ Art. 2, 27°, du décret de la Communauté flamande.

manquer de noter cette apparente contradiction entre, d'une part, le décret de la Communauté flamande qui porte sur les services de *radiodiffusion* et transpose la directive SMA, d'autre part, le considérant n° 23 de ce dernier texte qui énonce que le terme « audiovisuel » ne couvre *pas* les services de *radiodiffusion*.

On peut regretter le manque d'unité de la terminologie. Il n'en reste pas moins que, pour l'analyse de la notion de « radiodiffusion », on peut difficilement ignorer le concept de « service de média audiovisuel » et la manière dont il est compris.

S'agissant des définitions légales, nous pouvons mentionner l'acception du « service de média audiovisuel » retenue par le décret de la Communauté française. Il est compris comme « un service relevant de la responsabilité éditoriale d'un éditeur de service dont l'objet principal est la communication au public de programmes télévisuels ou sonores par des réseaux de communications électroniques, dans le but d'informer, de divertir et d'éduquer ou dans le but d'assurer une communication commerciale. Outre les services répondant à cette définition, le télétexte est également considéré comme un service de médias audiovisuels en étant soumis uniquement aux articles 9 à 15, 31, 32 et 41 »²².

16. Quatre éléments. Plusieurs conditions permettent de préciser la portée du concept de « radiodiffusion » ou, suivant la terminologie retenue récemment, de « service de média audiovisuel ». Nous les divisons en quatre catégories. Il s'agit d'abord d'une communication commerciale ou d'un service, tel que compris par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et dont l'objet est précisément défini (§ 1^{er}). Ce service doit ensuite relever de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service (§ 2). Il peut être linéaire ou non linéaire, pourvu qu'il soit destiné au grand public (§ 3). Enfin, il est requis que le service soit transmis par des réseaux de communications électroniques (§ 4).

§ 1^{er}. Une communication commerciale ou un service dont l'objet est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public

17. Service précisé à l'aide de trois éléments distincts. Suivant la directive sur les services de médias audiovisuels, il doit s'agir d'« un service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne [...] dont l'objet principal est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public [...] ». Trois éléments, également repris dans les décrets de transposition moyennant des différences mineures²³, doivent être précisés : la référence à un service au sens des articles 56 et 57 TFUE (*infra*, n° 18) ; l'objet consistant à fournir des programmes (*infra*, n° 19) et le but d'information, de divertissement ou d'éducation (*infra*, n° 20). Nous verrons également dans quelle mesure les communications commerciales sont couvertes par la notion de SMA ou de radiodiffusion (*infra*, n° 21). On note que tous ces éléments ne sont pas nécessairement mentionnés par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle s'attache à définir la radiodiffusion pour régler les litiges en matière de répartition des compétences.

²² Art. 1^{er}, 48°, du décret de la Communauté française.

²³ Art. 2, 26°, a), du décret de la Communauté flamande (qui ajoute les programmes auditifs et les programmes à portée culturelle) ; art. 1^{er}, 48°, du décret de la Communauté française (qui ne fait pas référence aux dispositions pertinentes du TFUE et ajoute les programmes sonores).

18. Un service au sens des articles 56 et 57 TFUE²⁴⁻²⁵. Au sens des traités, sont considérés comme des services « les prestations fournies normalement contre rémunération » (art. 57 TFUE). Autrement dit, seules les activités de nature économique sont visées.

Suivant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'exigence d'une rémunération signifie qu'une contrepartie économique doit exister. On note que la poursuite d'un but de lucre n'est pas une condition de l'existence d'un service au sens du traité ; le prestataire de services peut donc être une ASBL. En outre, il n'est pas requis que la contrepartie soit payée directement au prestataire par le destinataire²⁶. Répond ainsi à la définition du service une prestation fournie gratuitement à ce dernier mais dont le financement est assuré par des tiers, moyennant des recettes publicitaires. La précision est importante : sur l'internet, il s'agit en effet du modèle économique retenu par de nombreux sites web (notamment ceux qui fournissent des contenus de type audiovisuel ou radiophonique).

Les activités économiques des entreprises publiques peuvent également être couvertes²⁷. Plus globalement, pour établir si une activité financée par les pouvoirs publics ou fournie par une entité publique peut être qualifiée de service, une analyse au cas par cas, fondée sur la jurisprudence de la Cour, s'impose²⁸.

L'article 57 TFUE donne également une liste non-exhaustive des activités susceptibles de répondre aux critères du service. Elle comprend les activités de caractère industriel ou commercial, ainsi que les activités artisanales ou des professions libérales.

A contrario, les activités dépourvues de nature économique sont exclues de la notion de service de médias audiovisuel (ou de radiodiffusion, en Communauté flamande). La directive SMA donne à ce propos l'exemple des « sites web privés et [des] services qui consistent à fournir ou à diffuser du

²⁴ Sur ce critère du service, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 367. La notion de « service » au sens du Traité circonscrit également le domaine d'application d'autres textes, telles la directive sur le commerce électronique ou la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, n° L 376 du 27 décembre 2006. A l'occasion des commentaires de ces textes, la notion a ainsi pu être précisée. Voy. not. M. FALLON et A.-C. SIMON, « la directive 'services' : quelle contribution au marché intérieur ? », *J.T.D.E.*, 2007, p. 34, n° 5.

²⁵ Art. 1^{er}, § 1^{er}, a), de la directive.

²⁶ C.J.C.E., 12 juillet 2001, C-157/99, *Smits et Peerbooms*.

²⁷ Voy. le considérant n° 21 de la directive SMA.

²⁸ En ce sens, voy. le considérant n° 34 de la directive 2006/123/CE sur les services. On peut y lire que « La Cour de justice a estimé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique des services en cause et que cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique. Les montants versés par les destinataires à titre de participation aux frais de fonctionnement d'un système, par exemple les frais d'inscription ou de scolarité payés par les étudiants, ne constituent pas en eux-mêmes une rémunération dans la mesure où le service est toujours essentiellement financé par des fonds publics. Ces activités ne sont donc pas couvertes par la définition de "service" à l'article 50 du traité et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive ».

contenu audiovisuel créé par des utilisateurs privés à des fins de partage et d'échange au sein d'une communauté d'intérêt »²⁹.

En pratique, cela signifie qu'un particulier qui poste sur un blog, sur son profil Facebook ou sur un site de partage de vidéos, le film de ses dernières vacances ne répond pas à cette première condition. De même la web TV d'un parti politique, qui propose uniquement des programmes vantant les mérites ou les qualités du parti ou de certains de ses membres, doit être exclue de la notion de SMA, en l'absence d'activité économique.

19. Un service dont l'objet est la fourniture de « programmes ». Conformément à la directive SMA, l'objet principal du service de médias audiovisuels doit être la fourniture de « programmes » ce qui, globalement désigne les contenus télévisuels (autrement dit, des images animées qui peuvent être combinées à du son)³⁰. Le programme est en effet défini par la directive SMA comme « un ensemble d'images animées, combinées ou non à du son, constituant un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un fournisseur de services de médias et dont la forme et le contenu sont comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle. Un programme est, à titre d'exemple, un film long métrage, une manifestation sportive, une comédie de situation, un documentaire, un programme pour enfants ou une fiction originale »³¹.

On note que le programme est entendu dans un sens plus étroit que suivant les décrets de transposition. En vertu de ceux-ci, la radiodiffusion ou le SMA n'est pas nécessairement de « type télévisuel »³² et les programmes qui seraient uniquement sonores sont également visés³³. Tel est également le sens donné à la radiodiffusion par la Cour constitutionnelle³⁴.

On peut regretter l'exigence d'une *forme et d'un contenu comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle*, qui pourrait poser des difficultés au moment d'apprécier si des services fournis par le biais d'un appareil mobile (de type *smartphone*, par exemple) peuvent être qualifiés de la sorte³⁵.

²⁹ Considérant n° 21 de la directive SMA.

³⁰ Sur ce critère, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 367 ; A. LEFEBVRE, « La transposition de la directive 'Services de médias audiovisuels' en Communauté française de Belgique », *op. cit.*, pp. 70-71.

³¹ Art. 1^{er}, § 1^{er}, b), de la directive. Voy. aussi, avec quelques nuances, tenant notamment à l'inclusion des programmes uniquement sonores, l'art. 2, 31°, du décret de la Communauté flamande ; l'art. 1^{er}, 36°, du décret de la Communauté française.

³² Sur cette caractéristique, au sens de la directive, voy. le considérant n° 23.

³³ Art. 1^{er}, 48°, du décret de la Communauté française ; art. 2, 26°, du décret de la Communauté flamande (où il est question de programmes audiovisuels ou auditifs).

³⁴ Celle-ci concerne en effet l'émission de programmes radiophoniques ou télévisuels (voy. C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.5.4. ; C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.4.). Il est aussi jugé que, « pour pouvoir relever de la compétence normative de la communauté, le service offert doit s'intégrer dans l'activité de la diffusion. Il s'agit substantiellement pour cette activité de l'émission primaire, par voie de signaux codés ou non, de programmes destinés à être reçus directement par le public » (C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.5.4.).

³⁵ Dans le décret de la Communauté française, cet élément ne figure pas dans la définition du programme (art. 1^{er}, 36°). Il est repris par les travaux préparatoires, qui en atténuent cependant les effets négatifs en ajoutant que c'est en tout ou en partie que la forme et le contenu doivent être comparables à ceux de la radiodiffusion télévisuelle (commentaire des articles du projet de décret modifiant le décret du 27 février 2003, *Doc. parl.*, P.C.F., 2008-2009, n° 634/1, p. 8. Sur ce point, voy. A. LEFEBVRE, « La transposition de la directive 'Services de médias audiovisuels' en Communauté française de Belgique », *op. cit.*, pp. 70-71.

Deux remarques complémentaires sont requises pour cerner correctement la notion. La première concerne l'exigence d'une grille ou d'un catalogue ; la seconde porte sur le contenu écrit.

- (1) Telles qu'elles sont présentées, les illustrations mentionnées à la fin de la définition ne permettent pas, selon nous, de cerner précisément la notion de « programme ». L'élément caractéristique réside dans le fait que cet élément doit figurer dans une *grille* ou un *catalogue* établi par un fournisseur (ou un éditeur) de services. Une certaine organisation du contenu, combinée à une idée de prévisibilité, est donc requise. Peu importe, à ce stade, l'objet des images ou du son (à ce sujet, voy. *infra*, n° 20), ce qui ôte aux exemples proposés une part importante de leur intérêt. La *grille* de programmes s'applique plus spécifiquement aux services linéaires ; quant au *catalogue*, il concerne les services non-linéaires.

Ainsi, lorsqu'une webcam placée dans un lieu public permet de regarder une compétition sportive organisée, de manière ponctuelle, à cet endroit, il ne s'agit pas d'un programme, même si la manifestation sportive est donnée en exemple. *A priori*, aucune grille ou catalogue n'annonçait en effet ladite manifestation. On pourrait aussi se demander si le blog d'un réalisateur sur lequel figure un seul film, qui peut être regardé en streaming ou téléchargé, peut être qualifié de programme. En effet, quelle pourrait être l'intérêt d'une grille ou d'un catalogue s'il existe un seul élément à visionner et qu'il peut l'être en permanence ? Cependant, dès lors que ce service est de nature à entrer en concurrence avec des films ressortissant indubitablement à la notion de services de médias audiovisuels, il convient de l'inclure dans la notion. De même, rien n'empêche de considérer, suivant ce critère, qu'un site web de partage de contenus met à la disposition des internautes un catalogue de vidéos leur permettant de choisir celle qu'ils souhaitent visionner.

- (2) Suivant les considérants de la directive, sont exclus de la notion les « services dont la finalité principale n'est pas la fourniture de programmes, autrement dit les services dont le contenu audiovisuel est secondaire et ne constitue pas la finalité principale »³⁶. Est ensuite donné l'exemple des « sites web qui ne contiennent des éléments audiovisuels qu'à titre accessoire, comme des éléments graphiques animés, de brefs spots publicitaires ou des informations concernant un produit ou un service non audiovisuel ».

Ces considérations devraient conduire à exclure la vidéo publicitaire figurant sur le site web d'une entreprise et dont le but est de promouvoir son image ou ses produits (à ce propos, voy. ég. *infra*, n° 21). On peut en effet juger qu'elle est accessoire par rapport aux autres éléments du contenu. Se pose toutefois la question de savoir si la conclusion sera identique dans l'hypothèse d'un site web transactionnel qui présente la plupart des biens mis en vente au moyen d'une vidéo de quelques minutes. On songe en particulier aux sites web miroirs des émissions de téléachat.

La frontière entre ce qui ressortit au contenu audiovisuel ou radio, d'une part, au contenu textuel, d'autre part, est d'autant plus délicate à tracer que des contenus appartenant à la seconde branche de l'alternative sont considérés comme étant des services de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion). Le doute est instillé par le considérant n° 23 de la directive

³⁶ Considérant n° 22 de la directive SMA.

SMA qui énonce que « si le principal objectif d'un service de média audiovisuel est la fourniture de programmes, la définition d'un tel service devrait également s'appliquer au contenu fondé sur le texte qui accompagne de tels programmes, comme les services de sous-titrage et les guides électroniques de programmes. Les services textuels autonomes ne devraient pas relever de la présente directive ». Comment savoir, en effet, si le texte accompagne les programmes ou, au contraire, s'il s'agit d'un programme qui accompagne du texte ? Avec le télétexte³⁷, l'incertitude est renforcée. Le décret de la Communauté française le considère en effet comme un service de médias audiovisuels³⁸ et le soumet à certaines de ses dispositions³⁹. Il est à cet égard permis de s'interroger sur les raisons qui justifient que les publicités ou les offres d'achat figurant sur le télétexte sont soumis au décret, en tant que services de médias audiovisuels, alors que le même contenu textuel diffusé sur le site internet du prestataire échappe à son application.

20. Une fourniture de programme dont le but est d'informer, de divertir ou d'éduquer. Suivant la directive SMA et le décret de la Communauté française, la finalité poursuivie par le programme fourni doit être l'information, le divertissement ou l'éducation du public⁴⁰.

On observe que le décret de la Communauté flamande vise les programmes « à des fins d'information, de loisirs, d'éducation ou à portée culturelle »⁴¹. Cette dernière précision ne devrait pas réduire ou, au contraire, étendre le sens donné à la notion. Tout au plus peut-elle être vue comme une référence à la matière qui justifie que les communautés soient compétentes pour légiférer en matière de radiodiffusion (voy. *infra*, n° 51).

On peut toutefois se demander à quelle finalité les services de téléachat peuvent être rattachés. Leur but n'est pas d'éduquer. En privilégiant une interprétation large des notions, on pourrait admettre qu'ils visent à divertir (les achats étant considérés comme des loisirs) ou informer (l'information étant une étape préalable à toute opération transactionnelle). Cependant, on perçoit sans peine que l'analyse n'est pas totalement satisfaisante et s'accommode mal, en tout cas, de la portée culturelle qui doit en principe être donnée à la matière pour que celle-ci ressortissent à la compétence communautaire, en tant que radiodiffusion (*infra*, n° 51). Au niveau européen, la difficulté est cependant résolue puisque le téléachat est considéré comme une forme de communication commerciale audiovisuelle⁴². Il en va de même dans les décrets communautaires⁴³. Encore faut-il établir si cette communication commerciale doit également répondre aux conditions posées aux finalités précitées ou si on peut se suffire de sa finalité principale, de nature économique (à ce sujet, voy. *infra*, n° 21).

³⁷ Celui-ci est défini à l'art. 2, 50°, du décret de la Communauté flamande comme « le service analog[ique] basé sur du texte qui est mis en image et est envoyé avec le signal de radiodiffusion linéaire sous la responsabilité rédactionnelle d'un fournisseur de services de radiodiffusion, et la version numérique de ce service ». Aucune définition ne figure dans le décret de la Communauté française.

³⁸ Art. 1^{er}, 48°, du décret.

³⁹ Il s'agit des articles 9 à 15, 31, 32 et 41 du décret.

⁴⁰ Sur ce critère, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 368.

⁴¹ Nous soulignons. Voy. la définition du « service de médias audiovisuels » à l'article 2, 26°, du décret.

⁴² Art. 1^{er}, § 1, h), de la directive SMA.

⁴³ Art. 2, 5°, du décret de la Communauté flamande ; art. 1^{er}, 7°, du décret de la Communauté française.

21. Une prestation qui peut également être une communication commerciale. Les technologies de l'information et de la communication (en particulier dans le domaine du commerce électronique) forment un terreau fertile qui a vu se développer de nombreuses pratiques commerciales ou de marketing mobilisant des moyens audiovisuels. Aussi est-il important, dans le cadre de notre étude, d'établir si elles peuvent être considérées comme un service de médias audiovisuels. Plus précisément, il faut déterminer si ces pratiques répondent à la définition de la « communication commerciale » et, dans l'affirmative, analyser les conséquences qui en résultent sur leur qualification en « services de médias audiovisuels ».

Une distinction doit être faite entre le décret de la Communauté française, d'une part, la directive SMA et le décret de la Communauté flamande, d'autre part, dès lors qu'ils ne procèdent pas de manière similaire.

Suivant la directive (ou le décret de la Communauté flamande) deux éléments principaux sont visés par la définition du « service de médias audiovisuels » (ou du service de radiodiffusion) : il peut en effet s'agir *soit* d'un « service tel que défini aux articles 56 et 57 du traité ... » qui satisfait à divers critères (étudiés dans ce §), *soit* d'une communication commerciale (audiovisuelle). Le législateur a procédé différemment dans le décret de la Communauté française puisque, outre l'objectif d'informer, de divertir ou d'éduquer, les programmes télévisuels ou sonores peuvent aussi avoir pour « but d'assurer une communication commerciale ». La communication commerciale est donc envisagée comme une finalité possible d'un programme, au même titre que l'information, le divertissement ou l'éducation du public (les autres conditions du service de médias audiovisuels doivent donc être réunies).

On peut s'interroger sur l'incidence que cette différence de formulation peut avoir sur le domaine d'application des textes. Plus précisément, on peut se demander si, suivant la directive et le décret de la Communauté flamande, une communication commerciale peut être considérée comme un service de médias audiovisuels sans avoir à remplir les conditions imposées par ailleurs pour recevoir une telle qualification (service au sens des articles 56 et 57 du traité, responsabilité éditoriale, etc.).

Pour répondre à cette question, la définition de la « communication commerciale » doit être analysée.

Suivant le décret de la Communauté française, celle-ci est comprise comme « toute forme de message inséré dans un service de médias audiovisuels qui est conçu pour promouvoir ou vendre, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique. Ces messages sont insérés dans un service de médias audiovisuels moyennant paiement ou autre contrepartie, ou à des fins d'autopromotion. La communication commerciale comprend notamment la communication commerciale interactive, la communication commerciale par écran partagé, la publicité, la publicité virtuelle, le parrainage, le téléachat, l'autopromotion et le placement de produit »⁴⁴. On doit malheureusement constater que la notion n'est pas comprise de manière identique dans la directive ou le décret de la Communauté flamande⁴⁵. Sans surprise, les variations tiennent principalement à la portée soit télévisuelle, soit télévisuelle et

⁴⁴ Art. 1^{er}, 7°, du décret de la Communauté française.

⁴⁵ Art. 1^{er}, § 1^{er}, h, de la directive SMA ; art. 2, 5°, du décret de la Communauté flamande.

radiophonique, du service de radiodiffusion (ou du service de média audiovisuel)⁴⁶, d'une part, à la manière dont les notions de « communication commerciale » et de « radiodiffusion » (ou de « service de médias audiovisuels ») doivent être comprises l'une par rapport à l'autre, d'autre part. Précisons encore qu'*a priori*, derrière une lettre distincte, la volonté du législateur n'a probablement pas été de viser d'autres réalités.

Commençons par les points de convergence. La communication commerciale audiovisuelle, au sens de la directive ou du décret de la Communauté flamande, consiste en des images⁴⁷ et/ou des sons, alors que le décret de la Communauté française la voit comme « toute forme de message » ce qui semble *a priori* plus large. Cependant, dans la mesure où ce dernier message doit être inséré dans un service de médias audiovisuels⁴⁸, les critères se recoupent. En outre, sous réserve de différences mineures et sans réelle incidence, l'objectif est similaire puisqu'il est de « promouvoir, directement ou indirectement, les marchandises, les services ou l'image d'une personne physique ou morale qui exerce une activité économique »⁴⁹.

Par contre, suivant la directive ou le décret de la Communauté flamande, les images et/ou les sons *accompagnent* un programme ou *sont insérés* dans celui-ci, à la différence du décret de la Communauté française aux termes duquel « les messages sont insérés dans un service de médias audiovisuels ». Il semble donc que, contrairement aux autres définitions, celle de ce dernier texte exige nécessairement que la communication commerciale soit *intégrée* dans un programme. Les conséquences suivantes peuvent en résulter. Prenons l'hypothèse d'une publicité de type audiovisuel qui apparaît sur la page web d'une chaîne de télévision, au moment de visionner la dernière édition du journal en streaming. En considérant que le journal télévisé constitue un service de médias audiovisuels non linéaire, il faut admettre que la publicité n'est pas *insérée* dans un programme ; tout au plus l'*accompagne*-t-elle. Aussi le décret de la Communauté française ne s'applique-t-il pas puisqu'il ne s'agit ni d'une communication commerciale, ni *a fortiori* d'un service de médias audiovisuels au sens de ce texte. Par contre, à suivre la définition de la directive SMA ou du décret de la Communauté flamande, on pourrait estimer que cette publicité répond aux conditions de la communication commerciale et est par conséquent soumise au décret de la Communauté flamande.

Il faut aussi tirer les conséquences du fait que, suivant la directive et le décret de la Communauté flamande, il semble que la communication commerciale audiovisuelle puisse être considérée comme un service de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion) sans avoir à respecter les conditions posées par ailleurs pour ce dernier service. A l'analyse, une appréciation nuancée s'impose puisque certaines de ces conditions figurent dans la définition de la communication commerciale. L'exigence d'un paiement ou d'une autre contrepartie (dans la définition de la communication commerciale) correspond en effet à la notion de service presté contre rémunération au sens des articles 56 et 57 du

⁴⁶ Cet élément ne requiert pas de considération complémentaire. D'ailleurs, dans la directive, il résulte clairement de l'adjectif « audiovisuel » utilisé pour caractériser la communication commerciale (art. 1^{er}, § 1^{er}, h).

⁴⁷ Sur ce point, on remarque qu'il n'est pas fait référence à des images « animées », comme pour la définition du « programme ». Le qualificatif doit cependant être sous-entendu (ce qui exclut les images fixes, telles que les photographies ou les dessins), à défaut de quoi on pourrait difficilement considérer qu'il s'agit d'une « communication commerciale *audiovisuelle* » (nous soulignons).

⁴⁸ Dont la définition renvoie également à cette exigence.

⁴⁹ L'extrait est tiré de la directive SMA. Le décret de la Communauté flamande remplace « marchandises » par « biens » et ajoute qu'il doit s'agir de l'image *de marque*. Le décret de la Communauté française précise quant à lui que le but doit être de promouvoir *ou de vendre* [...] les marchandises, les services [...].

traité (sur cette condition, voy. *supra*, n° 18). Il n'est pas utile de vérifier si la finalité est l'information, le loisir ou l'éducation, même si les deux éléments premiers pourraient convenir (*supra*, n° 20), dans la mesure où le but est, ici, la promotion de marchandises, de services ou de l'image d'une personne physique ou morale (un but commercial, par conséquent). Quant à l'utilisation d'un réseau de communication électronique (*infra*, n° 30), elle n'est pas expressément reprise dans la définition de la communication commerciale ; cette absence est toutefois sans incidence puisque la condition est nécessairement remplie dans l'hypothèse du commerce électronique. Par contre, à la différence de la définition générale du service de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion), l'exigence d'une responsabilité éditoriale (*infra*, n° 22) n'est pas requise pour considérer qu'il s'agit d'une communication commerciale. Il s'ensuit que, sur ce point, les conditions imposées par le décret de la Communauté française peuvent paraître plus sévères (nous verrons par la suite si des conséquences pratiques peuvent en résulter). L'articulation avec la notion de programme diffère également. Suivant la formulation choisie par le décret de la Communauté flamande et la directive SMA, il n'est pas requis que la communication commerciale réponde à la définition de programme ; tout au plus faut-il que celle-là soit insérée ou accompagnée celui-ci.

L'introduction du but consistant à assurer une communication commerciale, dans la définition du service de médias audiovisuels du décret de la Communauté française, entraîne une contradiction entre les notions. En effet, suivant la définition de la communication commerciale, celle-ci doit être insérée dans un service de médias audiovisuels. Aux termes de la définition du service de médias audiovisuels, par contre, celle-ci doit être vue comme un « service [...] dont l'objet principal est la communication au public de programmes [...] dans le but d'assurer une communication commerciale [...] ». Dès lors que le décret s'applique uniquement aux services de médias audiovisuels, il faut à tout le moins que cette dernière définition soit observée. La communication commerciale doit donc répondre aux conditions du programme et, par conséquent, constituer « un seul élément dans le cadre d'une grille ou d'un catalogue établi par un éditeur de services »⁵⁰. Dès lors que sur le net, les services seront généralement non-linéaires, il faudrait, pour que la communication commerciale soit considérée comme un programme et soumise au décret, qu'elle figure dans un catalogue.

§ 2. Un service relevant de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service de média

22. Exigence d'une responsabilité éditoriale au sens de la directive SMA et des décrets de transposition. Le service de médias audiovisuel ou de radiodiffusion doit relever de la responsabilité éditoriale⁵¹ d'un fournisseur de services (ou d'un éditeur de services, suivant la terminologie utilisée dans les décrets). La responsabilité éditoriale s'entend, au sens du décret de la Communauté française comme « l'exercice d'un contrôle effectif tant sur la sélection des programmes que sur leur organisation, soit sur une grille chronologique, dans le cas de services linéaires, soit sur un catalogue, dans le cas de services non linéaires »⁵².

⁵⁰ Art. 1^{er}, 36°, du décret de la Communauté française.

⁵¹ Ou responsabilité rédactionnelle, suivant le décret de la Communauté flamande.

⁵² Art. 1^{er}, 46°, du décret. Voy. aussi l'art. 2, 37°, du décret de la Communauté flamande, parle de « responsabilité rédactionnelle » mais la définit de manière similaire. Sur cette notion, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 369.

Il résulte de cette définition que la chaîne de télévision qui rediffuse certains de ses programmes sur son site internet en assume la responsabilité éditoriale. Il en va de même du site de web TV diffusant intégralement sur le net. Ni le mode de diffusion, ni le caractère non-linéaire des services n'empêchent en effet que le fournisseur du service assume une entière responsabilité éditoriale en la matière. S'agissant par contre de la plateforme de partage de contenus, des doutes sont permis dès lors que les vidéos, qui se comptent par millions sur certains sites, sont postées par des internautes, pour d'autres internautes, le prestataire se bornant généralement à offrir une structure permettant de les partager (à ce sujet, voy. *infra*, n^{os} 23 et s.).

23. La notion d'éditeur au sens d'autres dispositions légales déterminant sa responsabilité. La directive SMA précise que « la responsabilité éditoriale n'a pas nécessairement pour corollaire une responsabilité juridique quelconque en vertu du droit national à l'égard du contenu ou du service fourni »⁵³. Le législateur européen entend ainsi faire la distinction entre la qualité d'éditeur dont bénéficierait une personne au sens de la directive SMA et la responsabilité qui pourrait lui incomber en vertu du droit national. La précision ne surprend pas : les règles permettant d'apprécier la responsabilité civile ou pénale d'un éditeur ressortissent en effet, de manière générale, à la compétence des Etats membres (et on observe de nombreuses différences en la matière).

Par souci de cohérence, on ne peut cependant se soustraire à l'analyse approfondie de l'interprétation donnée à la notion d'éditeur en droit national de la responsabilité. Il importe en effet d'établir si les notions ont la même signification ou ce qui les distingue, avec les risques d'incohérence du cadre normatif qui peuvent en résulter. Plus précisément, nous examinons la notion d'éditeur au sens de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, et celle d'hébergeur visée à l'article 21 de la LSSI⁵⁴ (en ce qu'il se distingue, suivant la jurisprudence, de l'éditeur de contenu). *In fine*, il conviendra de vérifier si les critères ainsi dégagés peuvent (ou doivent) être transposés pour l'application de la directive sur les services de médias audiovisuels.

24. L'éditeur au sens de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution. Conformément à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, « lorsque l'auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi »⁵⁵. Cette disposition instaure un régime de responsabilité en cascade qui exonère l'éditeur (ainsi que l'imprimeur ou le distributeur) de toute responsabilité civile ou pénale et canalise celle-ci sur l'auteur⁵⁶ ayant commis un délit de presse. Précisons encore qu'il peut y avoir délit de presse si l'auteur n'est pas journaliste ou si l'infraction a été commise au moyen des technologies de l'information et de la communication (à travers un site internet, par exemple)⁵⁷.

⁵³ Art. 1^{er}, § 1^{er}, c), de la directive.

⁵⁴ Ou d'autres lois de transposition, prévoyant des dispositifs similaires. On songe en particulier à la LCEN française.

⁵⁵ Sur le régime établi par cette disposition, voy. E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », *Responsabilités. Traité théorique et pratique* (dir. J.-L. FAGNART), Livre 26ter, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 5 et s., n^{os} 164 et s.

⁵⁶ Pour autant qu'il soit connu et domicilié en Belgique.

⁵⁷ Sur la notion de délit de presse, voy. Q. VAN ENIS, « Le délit de presse sur internet : la cohérence et rien de plus ? », obs. sous Mons, 14 mai 2008, *J.T.*, 2009, pp. 48-50 ; Id, « Le délit de presse sur l'internet : seul le jury populaire est compétent pour sanctionner pénalement le « chien de garde » qui aurait crié au loup... », obs. sous Bruxelles, 17 mars 2010, *J.T.*, 2010, pp. 506-509 ; S. MAMPAEY et E. WERKERS, « Drukpersmisdrijven in de digitale informatiemaatschappij : tijd om te bezinnen over de toekomst van art. 25 G.W. », *AM*, 2010, pp. 147 et s.

L'analyse de la jurisprudence rendue en la matière – et des commentaires doctrinaux qui l'accompagnent – est intéressante dans la mesure où les cours et tribunaux ont été amenés à se prononcer sur la notion d'éditeur ou, plus exactement, sur les hypothèses dans lesquelles une personne était susceptible de perdre cette qualité, avec les conséquences qui en résultent en termes d'exonération de responsabilité. En effet, les éditeurs ne bénéficient de ce régime de faveur, qui doit permettre de préserver la liberté d'expression des auteurs en évitant toute censure préventive, que s'ils sont restés dans le rôle de simple auxiliaire qui leur est assigné. S'il est démontré *in concreto* qu'ils ont participé à l'élaboration du texte ou lui ont apporté des corrections, ils doivent être considérés comme des coauteurs (ce qui leur fait perdre le bénéfice de l'art. 25, al. 2, Const.)⁵⁸.

25. La distinction entre l'éditeur et l'hébergeur au sens de la directive sur le commerce électronique (et de la loi de transposition). Un lien doit également être fait avec l'activité d'hébergement, pour laquelle une exonération de responsabilité sous conditions est instaurée par la directive sur le commerce électronique (art. 14) et de la loi de transposition (art. 20 de la LSSI⁵⁹). Par contraste, l'examen de ce régime permet de cerner la notion d'éditeur dans le contexte de la société de l'information. On observe en effet que, devant les cours et tribunaux, de nombreux débats ont pour objet d'établir si le prestataire en cause peut être qualifié d'hébergeur (ce qu'il prétend généralement pour échapper à toute responsabilité civile ou pénale) ou s'il doit être considéré comme un éditeur de contenu. Aussi est-il intéressant de s'attarder sur les critères dégagés par la jurisprudence (qui, malheureusement, témoignent parfois d'un manque de cohérence) pour déterminer ce qui permet de caractériser l'éditeur.

Au sens de l'article 20, § 1^{er}, de la LSSI, l'activité d'hébergement a pour objet de « fournir un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service ». Le deuxième paragraphe de cette disposition ajoute que « le § 1^{er} ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire ». La question s'est posée de savoir si les prestataires offrant des services liés au web 2.0⁶⁰ – qui n'existaient pas comme tels au moment de l'adoption de la directive sur le commerce électronique, en 2000 – pouvaient être qualifiés d'hébergeurs. On trouve d'ailleurs plusieurs applications jurisprudentielles relatives à des sites de partage de contenus (audiovisuels, en particulier)⁶¹.

⁵⁸ En jurisprudence, voy. not. Liège, 9 juillet 1936, *B.J.*, 1937, p. 246 ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 23 juin 1998, *J.T.*, 1999, p. 196, *AM*, 2000, p. 96, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 921 ; Civ. Bruxelles (14^e ch.), 10 mars 1998, *AM*, 1998/4, p. 377, *J.L.M.B.*, 1999/21, p. 901.

⁵⁹ Conformément à cette disposition, « en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire n'est pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition :

1° qu'il n'ait pas une connaissance effective de l'activité ou de l'information illicite, ou, en ce qui concerne une action civile en réparation, qu'il n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances laissant apparaître le caractère illicite de l'activité ou de l'information; ou

2° qu'il agisse promptement, dès le moment où il a de telles connaissances, pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible et pour autant qu'il agisse conformément à la procédure prévue au § 3 ». Pour un examen général du régime imposé par cette disposition, voy. E. MONTERO et H. JACQUEMIN, « La responsabilité civile des médias », *op. cit.*, pp. 24 et s., n^{os} 204 et s.

⁶⁰ Sur la notion même de web 2.0, voy. P. TRUDEL, « La régulation du web 2.0 », *R.D.T.I.*, 2008/32, pp. 283-307. Sur la responsabilité des prestataires intermédiaires dans le domaine du web 2.0, voy. E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *R.D.T.I.*, 2008/32, pp. 363-388.

⁶¹ Pour un panorama de la jurisprudence récente en la matière, voy. E. MONTERO, « Le domaine de l'internet – Réflexions autour de quelques affaires emblématiques », *Droit de la responsabilité*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 202 et s., n^{os} 25 et s.

Précisons d'abord que, suivant la définition de l'article 20, § 1^{er}, de la LSSI, le prestataire intermédiaire concerné peut être celui qui héberge *techniquement* le site – en ce sens qu'il met à la disposition du titulaire du site de l'espace mémoire sur ses serveurs – mais également celui qui, sans nécessairement offrir ce type de service, met à la disposition des internautes une *structure* au moyen de laquelle leurs données sont organisées et diffusées sur l'internet⁶². En tant que telle, même si les plateformes de partage de contenus audiovisuels ne conservent pas *techniquement* les données, elles offrent à tout le moins une *structure* au travers de laquelle celles-ci sont mises à la disposition des internautes. Compte tenu de cet élément, rien n'empêche donc qu'elles soient considérées comme des hébergeurs au sens de la directive sur le commerce électronique et de la LSSI.

La question s'est également posée de savoir si le prestataire pourrait perdre la qualité d'hébergeur si, en complément de son activité consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, il assumait également un rôle éditorial, le conduisant par exemple à modifier certaines informations. Même si ce point est controversé, il semble que l'on doive adopter une analyse fonctionnelle et distributive. Dès lors que l'exonération de responsabilité est liée à une activité donnée, et pas à un opérateur déterminé, il faut admettre qu'un même acteur puisse être qualifié d'hébergeur pour certaines de ses activités (et exonéré en conséquence) mais demeure pleinement responsable, sur le fondement du droit commun, pour les autres activités⁶³.

L'analyse de la jurisprudence – française – rendue en matière de sites de partage de contenus (de type *dailymotion*, *myspace*, *youtube*, *google videos*, etc., par exemple) permet d'illustrer la mise en œuvre des critères de distinction entre l'activité d'hébergement et d'édition. Il était généralement reproché à ces plateformes de permettre le téléchargement illégal de contenus audiovisuels, en violation des droits de propriété intellectuelle qui leur sont attachés. Pour refuser le bénéfice de l'exonération de responsabilité aux titulaires de ces plateformes, il est argué que ceux-ci ont créé l'interface permettant de partager les données et qu'ils ont mis en forme les contenus qui leur ont été soumis en vue de leur diffusion⁶⁴. Ce type d'argument a toutefois été rejeté⁶⁵.

De même, il a été soutenu que le modèle économique choisi – la diffusion gratuite des contenus aux destinataires, moyennant une rémunération essentiellement basée sur la publicité – empêchait de qualifier les titulaires de ces plateformes d'hébergeurs⁶⁶. Cet argument a également été rejeté, avec raison⁶⁷.

26. Lien entre la responsabilité éditoriale et la notion d'éditeur en droit de la responsabilité. En comparant la responsabilité éditoriale telle que définie par la directive SMA et des décrets de transposition, d'une part, l'éditeur, tel que visé à l'article 25, alinéa 2, de la Constitution ou défini, par contraste, par rapport à la qualité d'hébergeur au sens de la LSSI, d'autre part, il apparaît que les notions ne se recouvrent pas parfaitement, même s'il existe de nombreuses zones de convergence.

⁶² *Ibid.*, pp. 201-202.

⁶³ *Ibid.*, pp. 201-202.

⁶⁴ Entre autres, TGI Paris (réf.), 22 juin 2007, disponible sur www.legalis.net.

⁶⁵ Voy. TGI Paris (réf.), 19 octobre 2007, www.legalis.net ; Comm. Paris, 20 février 2008, www.legalis.net ; TGI Paris, 15 avril 2008, deux décisions, www.legalis.net.

⁶⁶ TGI Paris (réf.), 22 juin 2007, disponible sur www.legalis.net.

⁶⁷ TGI Paris, 15 avril 2008, deux décisions, www.legalis.net.

Plus précisément, il apparaît que la notion de responsabilité éditoriale au sens de la directive SMA et celle d'éditeur suivant l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, sont assez proches. C'est en effet leur rôle de direction et les choix qu'ils sont appelés à prendre dans la sélection des programmes qui caractérisent leur fonction. L'intervention dans le contenu, qui permet d'identifier les activités d'édition, pour les distinguer des activités d'hébergement n'est pas déterminante. Au contraire, les modifications apportées au contenu ont un effet disqualifiant pour les éditeurs, puisqu'ils peuvent perdre, de ce fait, le bénéfice de la responsabilité en cascade.

En définitive, nous sommes très réservé à l'idée de circonscrire la notion de responsabilité éditoriale par référence au sens donné à l'éditeur par la directive sur le commerce électronique et la loi de transposition (et la jurisprudence rendue sur ce fondement). L'usage d'une terminologie identique est source de confusion ; cependant, eu égard à la manière dont elles sont actuellement comprises, il nous paraît plus prudent d'interpréter les notions de manière autonome. Un exemple permet de l'illustrer. On peut en effet imaginer qu'aucune responsabilité éditoriale ne soit assumée par un fournisseur de services alors qu'au sens de la directive sur le commerce électronique (et par contraste avec la notion d'hébergeur au sens de la directive sur le commerce électronique), il pourrait, suivant les circonstances, être vu comme un hébergeur ou un éditeur. Tel est le cas des plateformes d'échange de contenus. Elles n'assument pas de responsabilité éditoriale au sens de la directive SMA puisqu'elles ne sélectionnent pas les contenus qui sont diffusés par l'entremise de leur site internet. D'un point de vue pratique, un tel choix serait d'ailleurs impossible à réaliser eu égard au très grand nombre de vidéos postées à chaque instant par les internautes⁶⁸. Par contre, sans que cette absence de responsabilité éditoriale ne soit nécessairement remise en cause, on peut fort bien imaginer que la plateforme soit considérée, au sens de la directive sur le commerce électronique et la loi de transposition, tantôt comme un éditeur, tantôt comme un hébergeur. La première branche de l'alternative se réalisera par exemple si la plateforme offre aux internautes, contre rémunération, des outils permettant d'améliorer la visibilité de leur vidéo, de procéder au montage des images ou d'insérer des sous-titres dans plusieurs langues. A proprement parler, ce faisant, le fournisseur ne sélectionne pas les contenus qu'il souhaite diffuser ; on reconnaît néanmoins que c'est probablement à cette occasion qu'il sera amené à prendre connaissance d'un contenu pour décider, le cas échéant, de le retirer dès lors qu'il viole le cadre normatif ou les conditions générales. Dans la plupart des autres cas, seule l'activité d'hébergement devrait être retenue.

Le constate ne surprend guère : même si la directive SMA témoigne de la volonté de ses auteurs de prendre en considération l'impact des technologies de l'information de la communication sur le monde des médias, avec les convergences qui en résultent, il n'en reste pas moins que les modèles classiques des médias et de la presse restent très présents. Les exonérations de responsabilité introduites par la directive sur le commerce électronique ne participent pas de la même tendance.

⁶⁸ Cela ne l'empêche toutefois pas d'interdire expressément certains contenus (à objet pédopornographique, raciste, discriminatoire ou attentatoire aux droits de propriété intellectuelle, par exemple) conformément à ses conditions générales ou d'empêcher l'accès à certains d'entre eux s'il apparaît que ces exclusions n'ont pas été respectées.

§ 3. Un service linéaire ou à la demande à destination du grand public

27. Distinction entre les services linéaires et non linéaires (ou à la demande). Suivant la directive et les décrets de transposition, ressortissent à la notion de « services de médias audiovisuels » (ou de « radiodiffusion », en Communauté flamande), les services linéaires ainsi que les services non linéaires (ou services à la demande), pour autant qu'ils soient destinés au grand public.

Deux éléments doivent donc être précisés : la distinction entre le service linéaire et le service non linéaire, d'une part, avec une présentation de l'évolution que la portée de la « radiodiffusion » a pu connaître dans ce cadre (*infra*, n° 28), l'exigence d'un média de masse, d'autre part (*infra*, n° 29).

28. Service linéaire ou non linéaire... Le service de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion) peut être linéaire ou non linéaire⁶⁹. Dans le premier cas, il s'agit d'un service « dont les programmes sont destinés à être reçus simultanément par l'ensemble du public ou une partie de celui-ci au moment décidé par l'éditeur de services de médias audiovisuels sur la base d'une grille de programmes élaborée par lui »⁷⁰. Le service non linéaire (également qualifié de service à la demande), quant à lui, désigne le service dont « les programmes sont destinés à être reçus à la demande et au moment choisi par l'utilisateur, sur la base d'un catalogue de programmes établi par un éditeur de services de médias audiovisuels »⁷¹.

Avant les modifications de 2007, la directive « Télévision sans frontières »⁷² s'appliquait uniquement aux services linéaires. L'article 1^{er}, a), de cette directive définissait en effet la radiodiffusion télévisuelle comme « l'émission primaire, avec ou sans fil, terrestre ou par satellite, codée ou non, de programmes télévisés destinés au public. Est visée la communication de programmes entre entreprises en vue d'une rediffusion à l'intention du public. Ne sont pas visés les services de communications fournissant, *sur appel individuel*, des éléments d'information ou d'autres prestations, tels que les services de télécopie, les banques de données électroniques et autres services similaires »⁷³. Le critère permettant d'exclure les services non linéaires était lié à la question de savoir si le service était fourni, ou non, sur appel individuel (ou sur demande individuelle). Aussi la directive ne s'appliquait-elle pas aux services fournis de « point à point », tels que la vidéo à la demande. Par contre, les services télévisuels classiques ou ceux de quasi vidéo à la demande, fournis de « point à multipoints », étaient soumis à son prescrit. Cette position a été confirmée, au niveau européen, par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Mediakabel*⁷⁴ : pour distinguer les deux hypothèses, celle-ci souligne en effet le rôle joué par le

⁶⁹ A ce sujet, voy. A. LEFEBVRE, « La transposition de la directive 'Services de médias audiovisuels' en Communauté française de Belgique », *op. cit.*, pp. 66 et s.

⁷⁰ Art. 1^{er}, 49°, du décret de la Communauté française ; art. 2, 20° et 21°, du décret de la Communauté flamande.

⁷¹ Art. 1^{er}, 50°, du décret de la Communauté française ; art. 2, 23° et 24°, du décret de la Communauté flamande.

⁷² Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *J.O. L 298* du 17 octobre 1998.

⁷³ Nous soulignons.

⁷⁴ C.J.C.E., 2 juin 2005, C-89/04, *Mediakabel*. Elle a ainsi précisé qu'« un service de télévision payant, même accessible à un nombre restreint d'abonnés, mais ne portant que sur des programmes choisis par le diffuseur et émis à des horaires déterminés par celui-ci, ne peut être regardé comme fourni sur appel individuel. Il relève par conséquent de la notion de « radiodiffusion individuelle ». Le fait que les images soient, dans un tel service, accessibles au moyen d'un code personnel est sans incidence à cet égard, dès lors que le public des abonnés reçoit les émissions au même moment » (point 32).

diffuseur dans le choix des programmes et l'horaire de diffusion, ainsi que le fait qu'ils soient destinés au public (sur cette dernière condition, voy. *infra*, n° 29).

Actuellement, à la suite de modifications de nature législative, la directive SMA et les décrets de transposition s'appliquent clairement aux services linéaires et aux services à la demande, ménageant ainsi le principe de neutralité technologique. Aux termes de la définition du service de médias audiovisuels déposée dans la directive, il est en effet indiqué que celui-ci est « soit une émission télévisée au sens du point e) du présent paragraphe, soit un service de médias audiovisuels à la demande au sens du point g) du présent paragraphe ». Les services fournis sur demande individuelle ne sont donc plus exclus du champ d'application de la directive SMA et des décrets communautaires. Le critère demeure toutefois utile dans la mesure où, nonobstant une base commune, les règles matérielles encadrant ces services sont différentes à certains égards.

Il est intéressant de noter qu'en Belgique, en vue d'interpréter la notion de radiodiffusion pour clarifier les règles de répartition des compétences, la Cour constitutionnelle avait déjà amorcé la tendance consistant à élargir la portée du principe⁷⁵. Dans un arrêt du 31 octobre 2000, confirmé par la suite⁷⁶, elle a ainsi décidé qu'« un programme de radiodiffusion est destiné au public en général ou à une partie de celui-ci même si l'émission se fait sur demande individuelle »⁷⁷. Dans le même arrêt, elle ajoute néanmoins, et c'est nous qui soulignons, que « ni la communication d'un émetteur à un récepteur *individualisé (point to point)*, qu'elle soit due à l'initiative d'une station d'émission, d'un téléspectateur ou d'un auditeur, ni un service qui fournit de l'information *individualisée* à la demande, ne relèvent de la radiodiffusion »⁷⁸. L'adjectif « individualisé », qui qualifie le récepteur et l'information, est regrettable en ce qu'il pourrait donner à penser que les deux phrases sont contradictoires (la première exposant en effet que les services fournis sur demande *individuelle* puissent ressortir à la notion de radiodiffusion). Dans des arrêts ultérieurs, cet élément semble clarifié puisqu'il est fait référence à la notion de confidentialité pour caractériser l'information individualisée ; quant au récepteur individualisé, il n'est plus mentionné⁷⁹. Cet élément additionnel vise donc à caractériser la radiodiffusion par référence au destinataire du service (à ce sujet, voy. *infra*, n° 29). Par ailleurs, la Cour affirme clairement que la diffusion sur demande individuelle ressortit bien à la radiodiffusion⁸⁰.

On observe aussi qu'en Communauté française, le collège d'autorisation et de contrôle du CSA avait également procédé à cet élargissement du concept en se prononçant sur des services non linéaires⁸¹.

⁷⁵ Voy. A. LEFEBVRE, « La transposition de la directive 'Services de médias audiovisuels' en Communauté française de Belgique », *op. cit.*, pp. 66 et s. ; M. HANOT, S. PAÏMAN ET V. STRAETMANS, « La compétence matérielle à l'épreuve juridique de la réalité des modèles audiovisuels et des pratiques réglementaires – Panel 1 », *AM*, 2007, pp. 542 et s.

⁷⁶ C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.4 ; C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.10.2.

⁷⁷ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.5.4.

⁷⁸ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.5.4.

⁷⁹ Voy. en particulier C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.4 ; C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.10.1. ; C.A., arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004, B.4.1. ; C.A., arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005, B.7.4. et B.7.5.

⁸⁰ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.10.2. ; C.A., arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004, B.4.2. ; C.A., arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005, B.7.4. et B.7.5.

⁸¹ Voy. CSA, décision du CAC du 28 septembre 2005 (*TVi*) et du 5 octobre 2005 (*R.T.B.F.*). On note aussi que dès 2004, le régulateur avait autorisé le lancement de services à la demande. A ce propos, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 366 ; A. LEFEBVRE, « La transposition de la directive 'Services de médias audiovisuels' en Communauté française de Belgique », *op. cit.*, p. 66.

De manière générale, les services diffusés sur le net sont non linéaires : les programmes sont destinés à être reçus à la demande de l'internaute et au moment voulu par celui-ci. Pour faire son choix, il a pu se fonder sur le catalogue de programmes établi par un éditeur de services de médias audiovisuels (le titulaire du site web ou du service de vidéo à la demande). Pour les contenus accessibles en ligne, le site web est l'interface au travers de laquelle un catalogue interactif lui est proposé. On note d'ailleurs qu'avec le développement croissant des technologies de l'information et de la communication, et les possibilités techniques des outils multimédias, les contenus proposés peuvent être valorisés et utilisés avec une grande facilité. L'utilisateur peut en effet naviguer aisément dans la liste des contenus disponibles, rechercher certains d'entre eux suivant des critères de préférence, ou se tenir informé des dernières nouveautés (en s'abonnant à un flux RSS, par exemple). Dans de nombreux cas, il lui est également possible de regarder un court extrait du programme pour s'assurer qu'il répond à ses attentes.

On pourrait également imaginer qu'une web TV propose certains de ses programmes (un journal télévisé, par exemple) à heures fixes ou que le site web d'une chaîne de télévision permette de regarder, de manière simultanée, les programmes diffusés par ailleurs de manière classique. Dans ces hypothèses, il convient d'établir si le service est linéaire ou non linéaire. A première vue, on est tenté de retenir la première branche de l'alternative dès lors que la diffusion a lieu « au moment décidé par l'éditeur de services de médias audiovisuels sur la base d'une grille de programmes élaborée par lui » et pas « au moment choisi par l'utilisateur, sur la base d'un catalogue de programmes établi par un éditeur de services de médias audiovisuels ». On peut cependant se demander si, dans les exemples précités, le service est destiné à être reçu simultanément par l'ensemble ou une partie du public (cf. définition du service linéaire) ou si, au contraire, ils sont destinés à être reçus à la demande de l'utilisateur (cf. définition du service non linéaire). Sur ce point, la seconde qualification paraît plus convaincante : une démarche active de l'internaute est en effet requise pour visionner le programme depuis le site web de l'utilisateur. Lorsqu'il se connecte à celui-ci, une grande variété de contenus lui sont proposés, parmi lesquels figure le contenu dont la programmation est fixée dans le temps. Sur une chaîne de télévision classique, il n'est pas confronté à cette diversité et doit nécessairement regarder le programme choisi par l'éditeur, suivant la grille élaborée par ce dernier. Aussi sommes-nous d'avis que les hypothèses mentionnées ressortissent à la définition du service non linéaire.

29. ... à destination du grand public. Il est également requis que le service soit destiné *au grand public*⁸². L'exigence résulte expressément des textes légaux et est confirmée par la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence relative à l'interprétation de la notion de « radiodiffusion »⁸³.

Le service de médias audiovisuels (ou de « radiodiffusion ») ne couvrirait donc que les médias de masse, entendus par le considérant n° 21 de la directive SMA comme ceux qui « sont destinés à être reçus par une part importante de la population et qui sont susceptibles d'avoir sur elle un impact manifeste ». L'internet est, potentiellement, un média de masse (et sans doute davantage que la radiodiffusion télévisuelle classique) : la plupart des sites web sont en principe accessibles partout dans le monde sans la moindre restriction et sont par conséquent susceptibles de toucher une grande partie

⁸² A ce sujet, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 368.

⁸³ C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.4 ; C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.10.1. et B.10.2 ; C.A., arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004, B.4.1. et B.4.2.

de la population. Il va de soi cependant que nombre d'entre eux ont principalement un impact local, notamment en raison des obstacles de langue ou parce qu'ils n'éveillent pas d'intérêt culturel au-delà de certains groupes particuliers de la population. Il n'en reste pas moins que, nonobstant cette réserve, de nombreux sites web répondent ainsi à ce critère. On songe à des sites d'information (de quotidiens de la presse écrite ou de la télévision) ou à des plateformes d'échanges de contenus (vidéos ou autres).

A contrario, cela permet d'écarter les messages qui relèvent de la correspondance privée⁸⁴, à l'image des « messages électroniques envoyés à un nombre limité de destinataires »⁸⁵. Il en va de même des informations individualisées, caractérisées par une certaine forme de confidentialité⁸⁶. On note que c'est essentiellement ce dernier élément qui doit déterminer l'analyse : on sait par exemple que, moyennant diverses techniques dont il n'a généralement pas conscience, l'internaute reçoit des publicités correspondant autant de possible à ses centres d'intérêts (en fonction notamment des mots clés introduits dans un moteur de recherche ou des pages web consultées précédemment). Elles sont individualisées sans être, cependant, confidentielles.

Dans diverses autres hypothèses, des discussions pourraient cependant surgir. Qu'en est-il, par exemple, de la vidéo publicitaire mise en ligne sur la page Facebook d'une personne, sachant que seuls ses 110 amis peuvent y accéder (hypothèse à comparer avec celle suivant laquelle la même personne a 3000 amis) ? Une *newsletter* envoyée à plusieurs centaines de contacts peut-elle être considérée comme étant à destination du grand public ? On peut aussi se demander comment analyser le site web dont l'accès est subordonné à une inscription préalable, au paiement d'une cotisation, voire à l'accord de son titulaire.

L'arrêt *Mediakabel* de la Cour de justice permet d'apporter des éléments de réponse, dès lors qu'il analyse les éléments distinctifs d'un service de quasi vidéo à la demande et veille à le qualifier⁸⁷. En l'occurrence, *Mediakabel* proposait à ses abonnés l'accès payant à des programmes supplémentaires – des films, plus précisément – qu'ils pourront visionner aux horaires fixés par le prestataire. On parle dans ce cas de quasi vidéo à la demande et, paradoxalement peut-être, le régime auquel elle est soumise n'est pas celui de la vidéo à la demande puisqu'elle est assimilée à un service linéaire (n'étant pas considérée comme fournie sur demande individuelle). Plus précisément, la Cour juge que le nombre restreint d'abonnés ou son caractère payant ne sont pas déterminants pour exclure le service du régime de la radiodiffusion télévisuelle.

En conséquence, dans les exemples précités, cela permet en tout cas de conclure que l'inscription préalable, voire payante, pour accéder à un site web ne permet pas d'exclure qu'il s'agit d'un service de médias audiovisuels. Potentiellement, un public très large peut en effet être touché. Quant au nombre de destinataires, il n'est pas déterminant s'il est appelé à évoluer sur la base d'un critère objectif. Dans l'affaire *Mediakabel*, pour autant que l'abonné s'est acquitté de la somme demandée pour accéder aux programmes supplémentaires, il peut bénéficier du service (le critère est objectif). Par contre, l'accès au groupe d'amis d'une personne se fait sur la base d'un critère subjectif : l'existence d'un grand nombre

⁸⁴ Voy. le considérant n° 22 de la directive SMA. Voy. aussi C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.6.1.

⁸⁵ Cet exemple est donné par le considérant n° 22 de la directive SMA.

⁸⁶ C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.4 ; C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.10.1. ; C.A., arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004, B.4.1. ; C.A., arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005, B.7.4. et B.7.5.

⁸⁷ C.J.C.E., 2 juin 2005, C-89/04, *Mediakabel*, points 34-45.

d'amis ne devrait donc pas avoir pour effet de conclure que le service est nécessairement à destination du public.

§ 4. Un service fourni par des réseaux de communications électroniques

30. Notion. Le service de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion, au sens du décret de la Communauté flamande) doit être fourni par des *réseaux de communications électroniques*⁸⁸. L'art. 1^{er}, § 1^{er}, a), i), de la directive SMA indique que ceux-ci doivent s'entendre au sens de l'article 2, a), de la directive 2002/21/CE⁸⁹. La notion est comprise largement, de sorte que l'évolution technologique ou le recours à d'autres moyens techniques ne constitue pas un obstacle à l'application de la loi.

Il a d'ailleurs été souligné qu'en tant que telle, la technique utilisée pour transmettre les contenus était sans incidence⁹¹. Il ressort également de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que celle-ci n'a pas entendu donner à cette condition un caractère déterminant. Elle a en effet jugé que la radiodiffusion ne peut être vue uniquement sous un angle technique comme un moyen de télécommunication ; le contenu importe également. Plus précisément, il importe de garder à l'esprit que c'est d'abord en tant que matière culturelle que la compétence communautaire dans le domaine de la radiodiffusion a été confiée aux autorités communautaires⁹².

31. Application du critère au commerce électronique. On comprend aisément que cette condition ne pose aucune difficulté particulière au moment de décider si des services ressortissant au commerce électronique peuvent appartenir à la catégorie des services de médias audiovisuels (ou des services de radiodiffusion).

⁸⁸ Voy. aussi l'art. 1^{er}, 44° (pour le « réseau de communications électroniques ») et 48° (pour le « service de médias audiovisuel »), du décret de la Communauté française ; l'art. 2, 8° (pour le « réseau de communication électronique »), 9° (pour les « réseaux de communications électroniques ») et 26° (pour le « service de radiodiffusion »), du décret de la Communauté flamande. A ce sujet, voy. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 368

⁸⁹ Au sens de cette directive, le réseau de communications électroniques vise « les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de commutation ou de routage et les autres ressources, y compris les éléments de réseau qui ne sont pas actifs, qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'information transmise ».

⁹⁰ Directive 2002/21/CE du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), *J.O.*, n° L 108 du 24 avril 2002.

⁹¹ C.J.C.E., 2 juin 2005, C-89/04, *Mediakabel*, point 29 ; C.J.C.E., 10 septembre 1996, C-11/95, *Commission c. Belgique*, points 15-25.

⁹² Voy. C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.5.3.2. : « en tant que porteuses de sons et d'images, la radio et la télévision sont évidemment liées aux télécommunications, mais ce lien technique ne saurait empêcher que, dans la structure fédérale de l'Etat belge, elles aient été attribuées aux communautés en tant que matière culturelle ». Voy. aussi C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.3.

Section 3. Synthèse et application à cinq case studies retenus

32. Application des critères de qualification à cinq case studies retenus. Il ressort de l'analyse qui vient d'être menée que diverses hypothèses ressortissant au commerce électronique, entendu au sens large, pourraient être qualifiées de « services de médias audiovisuels » (ou de services de radiodiffusion, en Communauté flamande), dès lors que les conditions énoncées à la section précédente seraient réunies en l'espèce.

En guise de synthèse, et par souci de clarté, nous croyons utile d'analyser cinq *case studies* représentatifs des hypothèses susceptibles de se présenter, et pour lesquels la question se pose de savoir si elles constituent des « services de médias audiovisuels ».

33. Site internet d'une chaîne de télévision qui rediffuse certaines émissions. La première hypothèse concerne le site internet d'une chaîne de télévision sur lequel il est possible de revoir certaines émissions diffusées par ailleurs (service de rattrapage).

Le cas d'espèce ressortit au commerce électronique puisque, suivant nos critères (*supra*, n^{os} 12 et s.), il s'agit d'un service fourni à distance et par voie électronique. Les aspects juridiques susceptibles de poser problème ont principalement trait aux communications commerciales diffusées à travers le site web ou dans la séquence de l'émission qui peut être revue, ainsi qu'à la responsabilité susceptible d'être engagée en raison des propos tenus dans l'émission.

Cette hypothèse peut-elle être qualifiée de « service de médias audiovisuels » ? La réponse est en principe affirmative.

Il s'agit d'un service au sens des articles 56 et 57 TFUE dès lors que les prestations sont fournies normalement contre rémunération. Même si l'internaute peut accéder gratuitement au site internet, il s'agit d'une activité économique : les recettes générées par les publicités qui figurent sur la page internet ou au début de certaines émissions rediffusées par ce biais le confirment à suffisance. L'objet du service est la fourniture d'un programme (contenu télévisuel) que le destinataire a été appelé à choisir au sein d'un catalogue, la page internet présentant les nombreuses émissions susceptibles d'être revues en streaming constituant ledit catalogue. Quant à sa finalité, elle est clairement d'informer (un journal télévisé, par exemple), de divertir (une émission de variété, par exemple) ou d'éduquer (une émission d'éducation aux médias, par exemple), selon la nature de l'émission concernée.

Une nuance doit être apportée pour les communications commerciales (à ce propos, *supra*, n^o 21). Celles-ci peuvent être *intégrées* dans le programme : avant de pouvoir visionner l'émission en *streaming*, un spot publicitaire de quelques secondes est en effet diffusé. Les communications commerciales peuvent, dans cette hypothèse, être qualifiées de service de médias audiovisuels (ou de « service de radiodiffusion » en Communauté flamande) au sens de la directive SMA et des décrets de transposition. Par contre, les publicités diffusées sur la page web à partir de laquelle le visionnage des vidéos en streaming peut être lancé – un bandeau publicitaire sur le haut de la page, par exemple – ne peuvent recevoir cette qualification suivant le décret de la Communauté française : en effet, le message n'est pas inséré dans un service de médias audiovisuels, la page web ne pouvant être

qualifiée de la sorte. Par contre, conformément au décret de la Communauté flamande ou à la directive SMA, on pourrait juger que le bandeau publicitaire accompagne le service de médias audiovisuels (l'émission rediffusée) et reçoit donc la même qualification.

Au sens du décret de la Communauté française, les émissions susceptibles d'être revues ainsi que les communications commerciales qui y sont insérées relèvent de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service de média (la RTBF, par exemple), comme elles le seraient si le contenu était diffusé à travers la télévision. Ce fournisseur de services de médias peut en effet exercer un contrôle effectif sur la sélection de programmes et sur leur organisation, les émissions susceptibles d'être regardées étant regroupées au sein d'un catalogue. On rappelle que la directive SMA et le décret de la Communauté flamande n'exigent pas que la communication commerciale relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service.

Le service est non linéaire puisque les programmes sont destinés à être reçus à la demande et au moment choisi par l'éditeur, sur la base d'un catalogue. En outre, il est destiné au grand public.

Enfin, le service est clairement fourni par un réseau de communications électroniques.

En définitive, s'agissant de la rediffusion sur l'internet de certains programmes par une chaîne de télévision classique, de nombreuses similitudes peuvent être trouvées entre la diffusion classique des émissions, à travers la télévision (service linéaire) et cette rediffusion (service non linéaire), ce qui tend à convaincre de la qualification en service de médias audiovisuels. On note cependant que le régime ne sera pas identique dans la mesure où il s'agit tantôt d'un service linéaire (émission primaire), tantôt d'un service non-linéaire (rediffusion).

34. Site internet qui diffuse des contenus audiovisuels uniquement par ce biais (web TV). Pour ce second cas d'école, qui concerne les contenus télévisuels diffusés uniquement à travers l'internet (web TV), de nombreux éléments de l'analyse réalisée à l'occasion du *case study* n° 1 (*supra*, n° 33) peuvent être repris. Aussi nous concentrons nous uniquement sur les différences susceptibles de poser problème au moment de la qualification.

Plus précisément, nous envisageons les quatre hypothèses suivantes : a) site internet sur lequel figurent des contenus textuels et des contenus audiovisuels ; b) web TV d'un parti politique ; c) web TV d'une entreprise destinée à promouvoir ses produits ; d) web TV diffusée uniquement en interne, au sein d'une entreprise.

a) Site internet sur lequel figurent des contenus textuels et audiovisuels

Même si cette caractéristique est de nature à évoluer sensiblement à brève échéance, dans le cas d'école envisagé précédemment, les contenus audiovisuels restaient prépondérants sur les sites web des chaînes de télévision. Certaines web TV présentent également cette dernière particularité.

Il n'est pas rare néanmoins que nombre d'entre elles, voire de simple séquences vidéos, figurent sur des sites internet qui recourent également, et dans des proportions variables, à d'autres techniques pour diffuser les contenus. On songe aux images fixes ou aux textes. A notre estime, par application

des critères exposés auparavant, trois cas de figure peuvent être distingués : soit le contenu audiovisuel est l'accessoire du texte ; soit le texte est l'accessoire du contenu audiovisuel ; soit le contenu audiovisuel et le texte peuvent être traités de manière autonome. C'est donc l'autonomie du contenu, combinée à la fonction qui lui est assignée globalement sur le site, qui permet d'opérer la distinction (et la qualification).

Le *contenu audiovisuel est l'accessoire du texte* lorsque, sur un site transactionnel par exemple, une courte vidéo montre la manière dont le bien peut être utilisé. Prise isolément, cette vidéo explicative n'a aucune autonomie : elle n'a en effet été conçue que pour être au service du site de vente en ligne. Il ne s'agit donc pas d'un service de médias audiovisuels.

Le texte est par contre *l'accessoire du contenu audiovisuel* s'il s'agit d'un bref commentaire des images visant à les remettre en contexte (quelques mots) ou d'un guide de programmes dont le but est uniquement d'informer de leur existence et/ou de leur chronologie. Le texte suit le régime du contenu audiovisuel (*accessorium sequitur principale*) et doit être considéré comme un service de médias audiovisuels. Il n'a aucune autonomie propre : d'un point de vue fonctionnel, son existence ne se justifie que par la présence d'un contenu audiovisuel dont il est le complément.

Il reste les hypothèses, probablement les plus délicates à qualifier, dans lesquelles *le texte et le contenu audiovisuel*, adjacents sur la page web et portant sur un même sujet, peuvent néanmoins être *traités de manière autonome*. Les sites internet des quotidiens de la presse écrite illustrent ce caractère hybride dès lors qu'on y trouve non seulement des articles écrits, mais aussi des séquences vidéos destinées à illustrer l'actualité. La distinction entre le principal et l'accessoire semble, à cet égard, particulièrement délicate. On pourrait tâcher de se fonder sur un faisceau de présomptions concordantes, parmi lesquelles figurerait la proportion des contenus audiovisuels sur la page web ou le site, voire encore le pouvoir de la dénomination commerciale. La sécurité juridique ne serait toutefois pas garantie eu égard au caractère subjectif de l'appréciation et aux résultats différenciés auxquels ils pourraient conduire. La solution pourrait donc être la suivante. On admet qu'ils puissent être envisagés de manière autonome, en ce sens que, même s'ils sont complémentaires, ils se suffisent à eux-mêmes et peuvent être visionnés ou lus indépendamment l'un de l'autre. Par conséquent, les dispositions légales ou réglementaires doivent être appliquées de manière distributive et seul le contenu audiovisuel peut recevoir la qualification de service de médias audiovisuels.

Certes, cette interprétation pourrait donner lieu à des différences de traitement potentiellement discriminatoires. Il n'en reste pas moins, cependant, qu'à peine de méconnaître la lettre et l'esprit des textes, toute autre analyse nous paraît contestable. Aussi la solution pourrait-elle être, dans certains cas, de modifier les textes en vigueur, de sorte qu'ils traitent les contenus de manière cohérente, sans préjudice de leur mode de diffusion (textuelle ou audiovisuelle).

b) Web TV d'un parti politique

La web TV d'un parti politique, à laquelle on peut accéder depuis le site internet officiel du parti, et qui présente l'idéologie, la doctrine ou les candidats/mandataires de celui-ci, ne constitue pas un service de médias audiovisuels. En effet, on peut difficilement considérer qu'il s'agit d'un service au sens des articles 56 et 57 TFUE dès lors que le parti ne poursuit pas d'activité économique.

c) *Web TV d'une entreprise destinée à promouvoir ses produits*

Soucieuses d'exploiter toutes les potentialités des outils multimédias, spécialement à des fins de marketing, on observe de plus en plus souvent que des entreprises diffusent sur le site web des séquences audiovisuelles plus ou moins longues dans le but de promouvoir leurs produits ou de présenter leurs activités.

Lorsque l'existence d'un service au sens des articles 56 et 57 TFUE est requis, suivant que les programmes de la web TV ne constituent pas une communication commerciale (dans la directive SMA ou en Communauté flamande) ou sans préjudice de cette dernière qualification (en Communauté française), on pourrait arguer que celui-ci n'est pas fourni normalement contre rémunération. En effet, à proprement parler, il n'existe pas de contrepartie payée par le destinataire du service ou même un tiers en vue de financer celui-ci. C'est en effet l'entreprise elle-même qui finance directement les vidéos. Cependant, on ne peut perdre de vue que l'exigence d'une rémunération est un critère en vue de déterminer si la prestation constitue une activité économique. Aussi est-ce, d'abord et avant tout, cette caractéristique qui doit guider l'interprète au moment de décider s'il s'agit ou non d'un service au sens des articles 56 et 57 TFUE. Or, il paraît difficilement contestable que la diffusion de la séquence vidéo participe de l'activité économique de l'entreprise puisqu'elle contribue à la faire connaître aux yeux des tiers ou constitue une publicité. Du reste, il n'a jamais été contesté que l'autopromotion puisse être qualifiée de service de médias audiovisuels alors même que le financement était assuré par la chaîne de télévision⁹³.

d) *Web TV diffusée uniquement en interne*

Lorsque la web TV est uniquement diffusée en interne, au sein d'une entreprise, d'une école ou d'une administration, et qu'elle traite uniquement de sujets en lien avec les activités respectives de celles-ci, on peut considérer que le service n'est pas destiné au grand public (*supra*, n° 29). Il faut en effet remplir des conditions strictes pour accéder au contenu – être membre du personnel de l'entreprise ou de l'administration, avoir la qualité d'élève de l'établissement scolaire. Du reste, celles-ci ne se limitent pas au paiement d'une cotisation.

La solution serait toutefois différente s'il était loisible à tout internaute d'accéder à ladite web TV, dès lors que son accès ne serait pas restreint à une catégorie précisément définie de destinataire (et sur une base subjective).

35. Site web de partage des contenus audiovisuels. On connaît le développement croissant des sites de partages de contenus audiovisuels, qui participent de ce qu'il est convenu d'appeler le web 2.0. On songe à YouTube, Dailymotion, MySpace, etc. La question se pose de savoir si le service fourni par la plateforme peut être considéré comme un service de médias audiovisuels. Il semble que, sous réserve de ce qui sera dit *infra*, la réponse doive être négative.

⁹³ Voy. la définition de la « communication commerciale », à l'art. 1^{er} (1), h), de la directive SMA ; à l'art. 2, 5°, du décret de la Communauté flamande ou à l'art. 1^{er}, 7°, du décret de la Communauté française. L'argument n'est toutefois pertinent que dans cette dernière disposition légale puisque la directive SMA et le décret de la Communauté flamande n'imposent pas que, pour constituer un SMA, la communication commerciale soit également un service du sens des articles 56 et 57 TFUE.

Ce service ne relève pas de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service de média⁹⁴. En effet, le gestionnaire de la plateforme ne sélectionne pas les programmes (concrètement les vidéos) diffusés sur le site. D'ailleurs, on pourrait difficilement concevoir qu'il en aille autrement compte tenu du très grand nombre des vidéos accessibles en ligne (plusieurs millions dans certains cas) et postées en permanence par les internautes, à destination d'autres internautes. Cette absence de responsabilité éditoriale n'est pas la conséquence d'une renonciation, expresse ou tacite, de la part du titulaire de la plateforme. Elle résulte plutôt de l'examen du rôle joué par ce dernier en pratique. Or, celui-ci s'apparente plus aux fonctions exercées par un distributeur.

L'analyse n'est pas la même si les vidéos accessibles à travers la plateforme sont prises isolément. Rien n'empêche en effet de qualifier celles-ci de services de médias audiovisuels s'il apparaît que les éléments constitutifs de celui-ci sont réunis en l'espèce. Plusieurs d'entre eux pourraient cependant manquer : l'existence d'un service au sens des articles 56 et 57 TFUE pourrait être contestée (celui-ci n'étant pas fourni contre rémunération, ni même à des fins d'autopromotion) ; en outre, il n'est pas rare que la plateforme soit utilisée à des fins privées, pour échanger des vidéos dans un cercle restreint (le service n'est donc pas destiné au grand public).

Rien n'empêche cependant que la plateforme décide de fournir des services de vidéo à la demande, par lesquels elle offrirait aux utilisateurs – moyennant paiement – de choisir dans un catalogue les films qu'il souhaite visionner. Dans ce cas, il va de soi que le service peut être qualifié de « service de médias audiovisuels », soumis, en conséquence, à la directive et aux décrets de transposition.

36. Visionnage ou téléchargement de films à la demande, à travers une télévision classique ou un site internet. Les services de Vidéo à la demande (VoD) proposés au travers de sites internet (qui permettent de télécharger le contenu ou de le visionner en streaming) ou en marge de la fourniture d'accès à la télévision numérique constituent généralement des services de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion, en Communauté flamande).

Il s'agit en effet de services fournis contre rémunération, consistant à diffuser de manière non linéaire des programmes à choisir au sein d'un catalogue (leur but étant généralement de divertir le destinataire mais aussi, le cas échéant, de l'informer ou de l'éduquer). On observe en outre que des communications commerciales peuvent être diffusées à cette occasion (généralement à des fins d'autopromotion). La responsabilité éditoriale est assumée par le titulaire du site internet qui les propose ou par le fournisseur d'accès à la télévision numérique (et qui peut jouer le rôle de distributeur, pour d'autres services).

Ces services sont destinés au grand public. Peu importe si, en pratique, on observe que le nombre de destinataire reste faible. Potentiellement, il peut en effet se révéler très élevé.

⁹⁴ En ce sens, M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *op. cit.*, p. 369.

CHAPITRE 2. DIFFICULTÉS POSÉES PAR CETTE QUALIFICATION ET PISTES DE SOLUTION

37. Difficultés de deux ordres. Deux sortes de difficultés résultent de la qualification de certains éléments du commerce électronique en services de médias audiovisuels. Les unes sont liées aux règles de répartition des compétences (section 1^{ère}). Les autres tiennent à la notion même de « service de médias audiovisuel » et au régime qui l'assortit (section 2).

Section 1. Difficultés liées aux règles de répartition des compétences

38. Conséquence des règles de répartition des compétences sur la régulation du commerce électronique. En Belgique, la régulation du commerce électronique n'est guère aisée dans la mesure où, au-delà des difficultés tenant à la définition même du service de médias audiovisuels (*supra*, chapitre 1^{er}), les règles de répartition des compétences tendent singulièrement à compliquer l'analyse.

Dès lors que diverses hypothèses du commerce électronique peuvent être qualifiées de « service de médias audiovisuels » ou de « services de radiodiffusion » (*supra*, chapitre 1^{er}, nos et s.), la question se pose de savoir qui, de l'autorité fédérale ou des entités fédérées, est compétent pour légiférer en la matière. On sait en effet que les communautés sont compétentes pour intervenir dans le domaine de la radiodiffusion.

Il importe néanmoins de rappeler qu'en tant que tel, le processus de qualification n'est pas suffisant. L'encadrement normatif du commerce électronique exige d'intervenir dans de nombreuses matières. Il s'agit notamment du droit des relations contractuelles (formation et exécution des contrats, notamment à distance, preuve et accomplissement des formes dans l'environnement numérique, etc.), du droit de la responsabilité civile (en lien avec l'exonération de responsabilité dont bénéficient certains intermédiaires), du droit commercial et des pratiques du marché (publicité, pratiques déloyales propres au secteur) ou du droit des médias (pluralisme, promotion des œuvres européennes, protection des mineurs, etc.). Or, même si certaines hypothèses du commerce électronique ressortissent à la notion de service de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion), cela ne signifie pas que les communautés sont compétentes, *ipso facto*, pour ces nombreuses questions. Des principes directeurs, assortis de tempéraments, règlent en effet la répartition des compétences. Aussi convient-il de les examiner précisément pour délimiter l'étendue des compétences communautaires et fédérales en matière de commerce électronique (§ 1^{er}).

Cette situation est l'origine de diverses difficultés d'ordre juridique, que nous veillerons à présenter (§ 2), avant de proposer des solutions *de lege ferenda* de nature à les réduire (§ 3).

§ 1^{er}. Etendue des compétences communautaires en matière de commerce électronique

39. Comment les compétences sont-elles partagées entre l'Etat fédéral et les collectivités fédérées ? « La Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions » (art. 1^{er}

Const.). Le partage des compétences entre l'autorité fédérale et les collectivités fédérées est réglé par la Constitution et les lois de réformes institutionnelles.

A cet égard, plusieurs principes directeurs⁹⁵ ont été établis, au premier rang desquels figure le principe d'attribution exclusive des compétences (A). Nous aurons l'occasion d'examiner sa signification et les conséquences qui en découlent dans le cadre de notre étude. Ensuite, nous verrons les aménagements qui lui ont été apportés et qui sont d'une importance cruciale dans le domaine de la radiodiffusion (B).

A. Principe d'attribution exclusive des compétences et conséquences

40. Les compétences sont d'attribution. Conformément à l'article 35 de la Constitution, les compétences de l'autorité fédérale sont d'*attribution* ; suivant cette disposition, les collectivités fédérées disposent donc des compétences qui leur sont expressément attribuées et, à titre résiduel, de celles qui n'ont pas été réservées à l'autorité fédérale. Cette règle, introduite lors de la révision constitutionnelle de 1993, est cependant assortie d'une disposition transitoire qui subordonne ses effets à une révision de la Constitution (pour lister les compétences de l'autorité fédérale) et à l'adoption d'une (ou de plusieurs) loi(s) spéciale(s) précisant la manière dont les collectivités fédérées vont exercer leurs compétences résiduelles et fixant la date d'entrée en vigueur de l'article 35 de la Constitution⁹⁶. Pour l'heure, ces conditions ne sont pas réunies.

Par conséquent, aussi longtemps que l'article 35 ne produit pas ses effets, les compétences des collectivités fédérées sont d'attribution et, sous réserve des matières qui lui sont expressément réservées, l'autorité fédérale reçoit les compétences résiduelles. Aussi veillerons-nous à examiner d'abord les compétences attribuées aux collectivités fédérées (en particulier les communautés, *infra*, n° 41), avant d'étudier celles qui reviennent à l'autorité fédérale (*infra*, n°s 42 et s.).

En complément au principe d'*attribution* des compétences (qui implique que certaines compétences soient exercées de manière résiduelle), il convient également d'observer le principe d'*exclusivité*, qui interdit à l'autorité fédérale, aux communautés ou aux régions d'intervenir dans une matière dévolue à un autre législateur. La Cour constitutionnelle a ainsi eu l'occasion de souligner, dans un arrêt de 2009, que « la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les régions repose sur un système de compétences exclusives qui implique que toute situation juridique soit en principe réglée par un seul et unique législateur »⁹⁷.

41. Compétences attribuées exclusivement aux Communautés. Comme indiqué précédemment (*supra*, n° 5), les Communautés sont compétentes pour les matières culturelles⁹⁸, qui couvrent

⁹⁵ Sur ces principes, voy. voy. F. DELPÉRIE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, tiré à part du *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 285 et s., n°s 423 et s. Voy. aussi M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 913 et s., n°s 786 et s. ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 473 et s. ; D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische-communicatiesector*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 101 et s.

⁹⁶ A ce propos, voy. F. DELPÉRIE et S. DEPRÉ, *op. cit.*, p. 287, n° 426.

⁹⁷ C. const., arrêt n° 2/2009 du 15 janvier 2009, B.11.2.

⁹⁸ Art. 127, § 1^{er}, 1°, Const., pour les communautés française et flamande ; art. 130, § 1^{er}, 1°, Const., pour la Communauté germanophone. Pour la Région de Bruxelles-Capitale, voy. *supra*, note 10.

notamment la radiodiffusion et la télévision⁹⁹. On note qu'une exception est introduite pour l'émission de communications du Gouvernement fédéral, qui reste de la compétence de l'autorité fédérale¹⁰⁰.

La portée de la « radiodiffusion » a été amplement étudiée dans le chapitre 1^{er} de la présente étude (*supra*, n^{os} 14 et s.). Il nous a été permis de conclure que certains services ressortissant au commerce électronique pouvaient être considérés comme des « services de médias audiovisuels » (ou des « services de radiodiffusion », en Communauté flamande). Au sens de la Constitution et des lois de réformes institutionnelles, ils pourraient également être considérés comme de la radiodiffusion. En conséquence, certains aspects juridiques de ces services pourraient ressortir à la compétence communautaire. Du reste, l'existence même des décrets communautaires l'atteste à suffisance.

42. Compétences réservées à l'Etat fédéral. La loi spéciale de réformes institutionnelles donne également compétence, parfois de manière exclusive, à l'Etat fédéral, dans diverses matières que l'on peut rattacher, directement ou indirectement, au commerce électronique.

Tel est le cas en son article 6, § 1^{er}, VI, par lequel elle détermine les compétences des Régions en matière économique. Cette disposition indique en effet que « l'autorité fédérale est compétente pour fixer les *règles générales* en matière de protection du consommateur »¹⁰¹ (art. 6, § 1^{er}, VI, al. 4, 2°, de la L. sp. de réformes institutionnelles). La compétence ainsi donnée au législateur fédéral pour fixer les *règles générales* n'empêche toutefois pas que, dans un certain nombre d'hypothèses particulières, d'autres collectivités interviennent également pour réglementer cette matière.

Cette disposition de la loi spéciale ajoute que « l'autorité fédérale est, en outre, *seule compétente* pour :

[...] 3° la politique des prix et des revenus ;

4° le droit de la concurrence et le droit des pratiques du commerce, à l'exception de l'attribution des labels de qualité et des appellations d'origine, de caractère régional ou local ;

5° le droit commercial et le droit des sociétés ;

6° les conditions d'accès à la profession, à l'exception des compétences régionales pour les conditions d'accès à la profession en matière de tourisme ;

7° la propriété industrielle et intellectuelle ;

[...] » (art. 6, § 1^{er}, VI, al. 5, de la L. sp. de réformes institutionnelles).

L'exercice consistant à définir succinctement une matière donnée, en opérant un choix terminologique pour la désigner, n'est guère facile. S'agissant généralement de termes ou d'expression qui ne reçoivent pas de définition légale et sont rarement compris de manière univoque, le risque existe en effet que les notions manquent de précision ou se recouvrent partiellement. On peut ainsi s'interroger sur l'étendue des questions réglées par le « droit des pratiques du commerce » et sur ce qui le distingue du « droit commercial ». De même, la « politique des prix » est étroitement liée au « droit des pratiques du commerce » et au « droit de la concurrence ». Cela dit, il faut reconnaître qu'aussi longtemps que ces matières sont dévolues à la même autorité – ce qui est actuellement le cas puisqu'elles sont de la compétence de l'autorité fédérale (voy. toutefois *infra*, n° 49, à propos du droit

⁹⁹ Art. 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

¹⁰⁰ Art. 4, 6°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

¹⁰¹ Nous soulignons.

de la consommation) –, aucune difficulté n'est rencontrée au moment de procéder à la répartition des compétences. La situation est par contre nettement moins claire s'agissant de la protection du consommateur puisqu'à la lecture de la loi spéciale, il semble que des *règles particulières* puissent être prises par les collectivités fédérées en la matière. Les décrets qui transposent la directive SMA contiennent d'ailleurs de nombreuses dispositions qui permettent de protéger les consommateurs. Or, la frontière entre les règles générales et les règles particulières nous paraît pour le moins floue, en l'absence d'un critère précis permettant de les distinguer. Nous verrons néanmoins de quelle manière cette différence pourrait être objectivée, et la sécurité juridique renforcée (*infra*, n° 69).

De même, si la loi spéciale donne compétence aux communautés pour intervenir relativement aux politiques de santé (s'agissant d'une matière personnalisable), l'Etat fédéral conserve diverses compétences dans ces domaines. Ainsi, « l'éducation sanitaire ainsi que les activités et services de médecine préventive » ressortissent à la compétence communautaire, « à l'exception des mesures prophylactiques nationales » (art. 5, § 1^{er}, I, 2°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles). Aussi peut-on se demander si la publicité pour les produits du tabac, l'alcool ou les médicaments ressortissent à la compétence fédérale ou communautaire. Se fondant sur les travaux préparatoires de la loi¹⁰², la Cour constitutionnelle a jugé que la volonté du législateur spécial était d'exclure la compétence des communautés pour réglementer les publicités concernant les produits du tabac (en ce compris les règles en matière de parrainage), l'alcool ou les médicaments et les traitements médicaux¹⁰³. La Cour a ainsi relevé que « la compétence que la loi spéciale a attribuée aux communautés dans le domaine de la publicité commerciale à la radio et à la télévision ne leur permet pas d'adopter des initiatives législatives portant sur des messages publicitaires qui ont pour objet des produits ou services relevant d'une matière pour laquelle l'autorité fédérale est compétente. La nature du média qui apporte le message publicitaire n'enlève rien à cette compétence »¹⁰⁴.

43. Compétences résiduelles de l'autorité fédérale. En complément aux compétences qui lui sont expressément réservées, l'autorité fédérale peut intervenir, à titre résiduel, dans les matières qui n'ont pas été attribuées exclusivement aux communautés ou aux régions.

Dans le domaine du commerce électronique, c'est ce fondement qui lui a notamment permis de lever les obstacles à l'accomplissement de certaines règles de forme – signature, écrit, exemplaires multiples, etc. – dans l'environnement numérique ou en vertu duquel elle pourrait intervenir pour réguler le droit de réponse dans les médias numériques qui ne répondent pas à la notion de radiodiffusion (un site web d'information contenant majoritairement des éléments textuels et dans lequel les images, animées ou fixes, sont accessoires au texte).

¹⁰² Il s'agit du projet de loi spéciale de réformes institutionnelles, rapport fait au nom de la commission de réforme de la Constitution et des réformes institutionnelles par MM. Le Hardy de Beaulieu et de Greve, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1979-1980, n° 627/10, p. 52, ainsi que du projet de loi spéciale de réformes institutionnelles, rapport fait au nom de la Commission de réforme de la Constitution et des réformes institutionnelles par M. Andre et Mme Petry, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 1979-1980, n° 434/2, pp. 124-125. La Cour décide, en se fondant sur ces documents, que la réglementation relative aux denrées alimentaires qui, à l'époque visait aussi le tabac, avait été exclue du transfert de compétence. Les travaux préparatoires excluent également, de manière expresse, les médicaments.

¹⁰³ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.12.3-B.12.8.

¹⁰⁴ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.12.2.

44. Le commerce électronique est de la compétence des communautés et de l'autorité fédérale.

Il résulte des principes précités régissant la répartition des compétences en Belgique et de la portée donnée à la notion de radiodiffusion que diverses matières ressortissant classiquement au commerce électronique peuvent être de la compétence des communautés et de l'autorité fédérale. Une application sans nuance du principe d'attribution exclusive des compétences apparaît difficile à défendre en pratique. Divers aspects des matières attribuées à l'un ou l'autre législateur peuvent en effet se recouvrir à certains égards. On songe à l'exercice de droits fondamentaux ou à la protection des consommateurs, par exemple. En outre, il serait peu cohérent d'interpréter strictement les matières attribuées aux collectivités fédérées, et par conséquent donner compétence à l'autorité fédérale pour le surplus, sous prétexte que le législateur pouvait difficilement détailler l'ensemble des compétences attribuées.

Des tempéraments (ou des aménagements) au principe d'attribution exclusive des compétences ont été admis pour obvier les inconvénients d'une application trop rigide. Nous les étudions dans le point B du présent paragraphe. Ils permettent de souligner l'intérêt que présente l'exemple du commerce électronique : les nombreux visages de cette hypothèse exigent en effet de procéder, *de lege lata*, à une analyse approfondie des règles de répartition des compétences et, le cas échéant, de formuler des propositions *de lege ferenda* pour résoudre les difficultés persistantes.

B. Aménagements à la mise en œuvre du principe d'attribution exclusive des compétences

45. Panorama des tempéraments au principe de l'attribution exclusive des compétences. Pour pallier les inconvénients du principe d'attribution exclusive, plusieurs tempéraments (ou aménagements) sont généralement admis. On note encore que, de manière générale, la Cour constitutionnelle a jugé que « lorsqu'une réglementation a [...] des liens avec plusieurs attributions de compétences, la Cour doit rechercher où se trouve l'élément prépondérant de la relation juridique réglée »¹⁰⁵.

D'abord, pour circonscrire les compétences attribuées aux collectivités fédérées, on procède à une *interprétation large*. Cette position est logique et cohérente eu égard au caractère centrifuge du fédéralisme belge. En lien avec cette règle, diverses compétences peuvent également revenir aux communautés ou aux régions à *titre accessoire* (pour régler certains aspects techniques ou prendre des mesures sur le plan financier, par exemple).

En outre, des *compétences implicites* peuvent être reconnues aux collectivités fédérées conformément à l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles. Aux termes de cette disposition, « les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ». La mise en œuvre de cette possibilité est cependant soumise au respect de plusieurs conditions fixées par la Cour constitutionnelle. Saisie d'un recours en annulation de certaines dispositions du décret de la Communauté française de 1987 sur l'audiovisuel, la Cour avait en effet rappelé que, pour légiférer dans certains domaines nonobstant la compétence exclusive de l'Etat fédéral, il faut s'assurer que la réglementation est « nécessaire à l'exercice des compétences de la

¹⁰⁵ C. const., arrêt n° 2/2009 du 15 janvier 2009, B.11.2.

Communauté, que ces matières se prêtent à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur ces matières ne soit que marginale »¹⁰⁶.

Enfin, rien n'empêche que des compétences soient exercées de manière *parallèle* par l'autorité fédérale et les collectivités fédérées. Plusieurs éléments peuvent en effet caractériser une même matière, de sorte qu'il est possible de procéder à des distinctions entre des sous-matières attribuées respectivement au législateur fédéral, communautaire ou régional. Tel est le cas par exemple de la recherche scientifique, revenant à chaque niveau de pouvoir en fonction de ses compétences. De même, par application de ce principe, il a toutefois été jugé que le législateur fédéral et les communautés pouvait créer, chacun pour ce qui le concerne, des établissements et des entreprises dans les matières qui relèvent de leurs compétences¹⁰⁷.

Une précision mérite d'être ajoutée relativement à l'articulation de ces aménagements. Il faut en effet préciser que la frontière est parfois étroite entre l'attribution d'une matière à un législateur aux termes d'une interprétation large de sa compétence, à titre d'accessoire à sa compétence ou en application de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles (compétence implicite). Pour ce qui est de l'exercice parallèle des compétences, on observe que le mécanisme intervient sur un autre plan, en ce sens qu'il s'agit d'une conséquence résultant principalement des autres aménagements : c'est en effet en raison de l'interprétation large des compétences, mais également des compétences accessoires ou implicites, que des matières doivent finalement être réglées en parallèle par plusieurs législateurs.

Nonobstant ces aménagements, il faut garder à l'esprit que le principe demeure l'attribution exclusive des compétences (*supra*, n^{os} 41-42).

46. Principes complémentaires encadrant la mise en œuvre de la répartition de compétences.

Deux principes doivent être pris en considération par l'autorité fédérale ou les collectivités fédérées lorsqu'elles légifèrent dans les matières qui relèvent de leur compétence : les principes de subsidiarité et de proportionnalité¹⁰⁸.

Le premier principe veut qu'une entité n'est autorisée à intervenir que si, et dans la mesure où, les objectifs poursuivis ne peuvent pas être atteints de manière suffisante ou satisfaisante par l'autre collectivité.

Suivant le principe de proportionnalité auquel restent soumis les législateurs dans l'exercice de leur compétence (le principe étant d'ailleurs inhérent à celui-ci), il est interdit « à toute autorité d'exercer la politique qui lui a été confiée d'une manière telle qu'il devient impossible ou exagérément difficile pour une autre autorité de mener efficacement la politique qui lui a été confiée »¹⁰⁹. L'application de ce principe doit contribuer à prévenir (ou résoudre, le cas échéant), les conflits susceptibles de voir le jour entre les autorités lorsqu'elles exercent leurs compétences.

¹⁰⁶ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.10.3.

¹⁰⁷ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.4.2.

¹⁰⁸ On note que ces principes sont également consacrés en droit de l'Union européenne.

¹⁰⁹ En matière de radiodiffusion, voy. C. const., arrêt n° 116/2009 du 16 juillet 2009, B.8. ; C.A., arrêt n° 92/2003 du 24 juin 2003, B.9.2.

47. Application au domaine du commerce électronique de ces tempéraments et principes complémentaires. Les tempéraments à l'attribution exclusive des compétences et les principes complémentaires ayant été posés, il convient à présent de les appliquer au domaine du commerce électronique, et plus précisément aux hypothèses qui réunissent les conditions de la radiodiffusion.

Dans cette perspective, nous rappellerons la règle suivant laquelle les communautés se voient attribuer des blocs de compétences, avec l'incidence qui en résulte dans le domaine de la radiodiffusion, avec l'exemple de la régulation de ses aspects techniques (*infra*, n° 48). Nous tâcherons ensuite d'analyser ce qu'il en est en matière de protection du consommateur (*infra*, n° 49) et d'exercice des droits fondamentaux (*infra*, n° 50), dès lors qu'une analyse similaire pourrait être faite dans ce cadre. Enfin, nous verrons s'il est encore possible d'affirmer que c'est le critère de la matière culturelle qui détermine la compétence des communautés dans le domaine de la radiodiffusion (*infra*, n° 51).

48. Blocs de compétences attribués aux communautés. Illustration pour les aspects techniques. A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de rappeler que, réserve faite de l'émission des communications du Gouvernement fédéral, « le législateur spécial a[vait] transféré aux communautés *l'ensemble de la matière* de la radiodiffusion et de la télévision »¹¹⁰. Aussi en a-t-elle notamment déduit que les communautés étaient compétentes « pour déterminer le statut des services de radiodiffusion et de télévision et pour édicter des règles en matière de programmation et de diffusion des émissions »¹¹¹.

Par souci d'efficacité et de cohérence sur le plan normatif, il est logique de veiller à ce qu'une matière donnée soit traitée de manière globale par un seul et même législateur. Du reste, c'est ce même souci qui justifie les principes édictés précédemment et les tempéraments dont ils sont assortis. Nous verrons cependant qu'en pratique, divers obstacles doivent être surmontés au moment de mettre en œuvre cette règle¹¹².

La régulation des aspects techniques de la radiodiffusion offre un bel exemple de mise en œuvre des principes et des difficultés susceptibles d'être rencontrés à cet égard¹¹³.

Compte tenu de la convergence croissante dans le secteur des télécommunications s'est en effet posée la question de savoir si la compétence des communautés en matière de radiodiffusion pouvait également s'étendre à certains aspects techniques de celle-ci. L'interrogation s'est posée avec une

¹¹⁰ Nous soulignons. Voy. C. const., arrêt n° 116/2009 du 16 juillet 2009, B.4.2. ; C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.5.2. ; C.A., arrêt n° 124/2000 du 29 novembre 2000, B.4.1. ; C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.2. ; C.A., arrêt n° 92/2003 du 24 juin 2003, B.7.2.

¹¹¹ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.5.2. ; C.A., arrêt n° 124/2000 du 29 novembre 2000, B.4.1. ; C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.2.

¹¹² A cet égard également, les tempéraments évoqués précédemment permettent de guider l'analyse. La Cour constitutionnelle a ainsi décidé que « dans l'exercice de leurs compétences, les législateurs doivent toutefois respecter le principe de proportionnalité, qui est inhérent à l'exercice de toute compétence. Ce principe interdit à toute autorité d'exercer la politique qui lui a été confiée d'une manière telle qu'il devient impossible ou exagérément difficile pour une autre autorité de mener efficacement la politique qui lui a été confiée » (C. const., arrêt n° 116/2009 du 16 juillet 2009, B.8. ; C.A., arrêt n° 92/2003 du 24 juin 2003, B.9.2.).

¹¹³ Sur ce point voy. J. JOST et R. QUECK, « Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *R.D.T.I.*, 2009/34, pp. 5 et s. ; Q. COPPIETERS 't WALLANT ; J. JOST et R. QUECK, « Chronique de jurisprudence 2002-2008 – Communications électroniques », *R.D.T.I.*, 2009/35, pp. 149 et s. ; D. STEVENS, *Toezicht in de elektronische-communicatiesector*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 127 et s.

acuité particulière dès l'instant où, avec une même infrastructure, il devenait possible de transmettre plusieurs services de nature différente – radiodiffusion (télévision), accès à internet et appels téléphoniques, par exemple – ressortissant à des législateurs distincts. On observe en effet une déspecialisation technique des infrastructures¹¹⁴. Aussi est-ce sans surprise que la Cour constitutionnelle a souligné que « la compétence des communautés n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission. Elle permet aux communautés de régler les aspects techniques de la transmission qui sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision »¹¹⁵. Elle ajoute en outre que, pour distinguer la radiodiffusion (et la télévision) des télécommunications, des critères de contenus et fonctionnels doivent être privilégiés¹¹⁶. Autrement dit, les critères techniques (infrastructure sous-jacente, réseaux ou terminaux utilisés, etc.) ne sont pas déterminants. Les communautés sont ainsi compétentes pour attribuer les fréquences (dans le respect des normes techniques qui sont du ressort de l'autorité fédérale)¹¹⁷ ou pour prendre des dispositions relatives aux systèmes d'accès conditionnels¹¹⁸.

Tirant les conséquences qui en résultent, des auteurs ont dès lors souligné que « le système du 'chacun pour soi dans son domaine spécifique' n'est [...] dans les faits plus tenable alors qu'il est juridiquement toujours prévu par notre Constitution et la législation (spéciale) qui l'applique, telle qu'interprétée par la Cour constitutionnelle »¹¹⁹. Paradoxalement sans doute, si la décision d'attribuer des blocs de compétences aux communautés est mue par un souci d'efficacité législative, il faut reconnaître qu'en pratique, elle est de nature à engendrer des difficultés d'application, voire des incohérences. Tel pourrait être le cas si les aspects techniques de la radiodiffusion étaient régulés de manière différente par les communautés, engendrant le cas échéant une incompatibilité entre les systèmes.

Dans le domaine du commerce électronique, les matières concernées ne touchent pas spécifiquement aux aspects techniques mais concernent le contenu. Plus précisément, les pierres d'achoppement pourraient avoir trait aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, d'une part, à l'exercice des libertés fondamentales, d'autre part.

49. Compétence en matière de pratiques du marché et de protection des consommateurs.

L'adoption de dispositions légales ou réglementaires ressortissant au droit économique – règles générales relatives à la protection du consommateur, politique des prix, droit de la concurrence, droit commercial, etc. – est en principe réservée au législateur fédéral¹²⁰ (à ce propos, voy. *supra*, n° 42).

C'est d'ailleurs par application de ce principe (et sur la base de sa compétence résiduelle) que l'autorité fédérale a légiféré pour régler les aspects des services de la société de l'information qui ne peuvent

¹¹⁴ Auparavant, une infrastructure n'était en effet utilisée que pour un service donné (soit la télévision, soit les appels téléphoniques, par exemple). Voy. J. JOST et R. QUECK, « Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *R.D.T.I.*, 2009/34, p. 7.

¹¹⁵ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.4.2. Voy. aussi C.A., arrêt n° 156/2002 du 6 novembre 2002, B.4.2. ; C. const., arrêt n° 116/2009 du 16 juillet 2009, B.4.2.

¹¹⁶ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.4.3. ; C.A., arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005, B.4.3.

¹¹⁷ C. const., arrêt n° 116/2009 du 16 juillet 2009, B.4.2. ; C.A., arrêt n° 92/2003 du 24 juin 2003, B.7.2.

¹¹⁸ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.9.

¹¹⁹ J. JOST et R. QUECK, « Communications électroniques et répartition des compétences : chantiers importants en cours », *R.D.T.I.*, 2009/34, p. 7.

¹²⁰ Rappelant ce principe, voy. C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.11.1.

être considérés comme de la radiodiffusion. Rien n'empêche cependant que les communautés interviennent pour les services de la société de l'information qui peuvent également être qualifiés de services de radiodiffusion. La Cour constitutionnelle l'a admis en jugeant que « lorsqu'on délimite les compétences respectives de l'Etat et des communautés en matière d'informations électroniques, il convient de garder à l'esprit que la radiodiffusion et la télévision ont été confiées aux communautés en tant que matière culturelle. Le législateur fédéral est compétent pour régler les *autres* aspects des services de la société de l'information [...] »¹²¹. Il est donc sous-entendu que certains aspects des services de la société de l'information ressortissent à la compétence des communautés en tant que matière culturelle (à ce propos, voy. aussi *infra*, n^{os} 61 et s.).

Encore faut-il savoir si des questions relevant du droit économique peuvent être traitées par les communautés sur le fondement de sa compétence en matière culturelle.

S'agissant spécifiquement de la protection du consommateur, on peut tirer argument du fait que seules les *règles générales* en matière de protection du consommateur sont réservées à l'autorité fédérale¹²². En théorie, des règles *particulières* pourraient donc être adoptées. Il reste toutefois qu'en pratique, la distinction entre les règles générales et les règles particulières pourrait, dans certaines hypothèses, se révéler délicate.

Par ailleurs, on constate que de nombreuses dispositions visant à protéger les consommateurs ont également pour but de garantir une concurrence loyale entre les acteurs économiques. Or, pour admettre que ces questions – ou, de manière générale, les autres questions qui ont trait au droit économique – soient traitées par les communautés sur la base de leurs compétences en matière culturelle, il convient de se fonder sur les compétences implicites. En définitive, la prudence recommande d'invoquer ce fondement pour les questions relevant des pratiques du marché et de la protection du consommateur.

Lorsqu'il s'agit de compétences exclusives de l'Etat fédéral, les communautés ne peuvent intervenir que conformément à l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, aux termes duquel « les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ».

Saisie d'un recours en annulation de certaines dispositions du décret de la Communauté française de 1987 sur l'audiovisuel, la Cour d'arbitrage avait rappelé, dans un arrêt du 31 octobre 2000, que, pour légiférer dans certains domaines nonobstant la compétence exclusive de l'Etat fédéral, il faut s'assurer que la réglementation est « nécessaire à l'exercice des compétences de la Communauté, que ces matières se prêtent à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur ces matières ne soit que marginale »¹²³.

En l'occurrence, le décret réglait d'abord des matières liées au droit de la concurrence, au droit des pratiques du commerce et au droit de la propriété industrielle et intellectuelle : les dispositions

¹²¹ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.11.1. Nous soulignons.

¹²² Art. 6, § 1^{er}, VI, al. 4, 2°, de la L. sp. de réformes institutionnelles.

¹²³ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.10.3.

litigieuses encadraient en effet l'accès conditionnel pour la télévision numérique, plus précisément « le procédé permettant de déterminer quels téléspectateurs auront accès et selon quelles conditions, aux programmes numériques de télévision par l'intermédiaire de décodeurs numériques individuels »¹²⁴. Suivant les critères posés, la Cour a donné raison à la Communauté en jugeant son intervention était *nécessaire* et n'avait qu'une *incidence marginale* sur la compétence fédérale¹²⁵. La Cour tranche dans le même sens pour d'autres dispositions touchant également à la propriété intellectuelle ou industrielle ainsi qu'à la liberté de commerce et d'industrie. Elle renvoie à sa jurisprudence antérieure, s'agissant de dispositions visant à assurer le droit du public à accéder à la diffusion d'événements jugés d'intérêt majeur pour le public de la Communauté française ou une partie géographiquement localisée de celui-ci, dispositions qui limitent également l'exercice de droits d'exclusivité¹²⁶. Par contre, s'agissant de la publicité pour le tabac, les médicaments et l'alcool, l'intervention communautaire n'est pas jugée nécessaire ; les dispositions du décret portent donc atteinte à la compétence fédérale¹²⁷.

Il a aussi été jugé que les communautés pouvaient créer une institution chargée de contrôler le contenu des programmes de télévision en vue de la protection des jeunes téléspectateurs¹²⁸ ou prendre des dispositions relatives aux services de téléachat (pour autant, cela va de soi, qu'ils soient fournis dans le cadre d'un service de radiodiffusion)¹²⁹. S'agissant de ce dernier cas de figure, on observe d'ailleurs que l'hypothèse est réglée par la directive SMA et les décrets communautaires¹³⁰. L'encadrement normatif des services de téléachat ressortit clairement au domaine des pratiques du marché et de la protection du consommateur (ou du droit économique en général)¹³¹. Aussi aurait-on pu s'attendre à ce qu'ils soient uniquement régulés au niveau fédéral¹³². Cependant, il faut reconnaître que les services de téléachat fournis dans le cadre d'un service de radiodiffusion présentent des spécificités qui justifient qu'un traitement différencié leur soit appliqué. L'intervention des législateurs communautaires était donc nécessaire. En lien direct avec l'objectif culturel, il faut notamment veiller à ce que ceux-ci ne soient pas insérés dans certains programmes (les journaux télévisés ou les programmes pour enfants, par exemple¹³³) ou n'occupent une part excessive du temps de diffusion. L'article 20 du décret de la Communauté française donne ainsi compétence au Gouvernement pour fixer le temps maximum du spot de téléachat à l'intérieur d'une période donnée d'une heure d'horloge (pour les services télévisuels linéaires) ou celui qui est inséré dans un programme (pour les services télévisuels non linéaires), étant entendu qu'il ne peut respectivement dépasser 20 % de la période ou de la durée du programme. De même, les articles 31 et 32 du décret imposent des règles propres aux programmes de téléachat dans les services linéaires et non linéaires (exigence de déclaration ; annonce

¹²⁴ *Ibid.*, B.11.

¹²⁵ *Ibid.*, B.11.

¹²⁶ *Ibid.*, B.13-B.14, avec la réf. à C.A., arrêt n° 124/99 du 25 novembre 1999, B.4 à B.6.

¹²⁷ *Ibid.*, B.12.8 et 12.9.

¹²⁸ C.A., arrêt n° 124/2000 du 29 novembre 2000, B.4.2.

¹²⁹ C.A., arrêt n° 109/2000 du 31 octobre 2000, B.8.

¹³⁰ Art. 19 et s. de la directive SMA ; art. 18 et s. du décret de la Communauté française ; art.78 et s. du décret de la Communauté flamande ;

¹³¹ Voy. à ce propos le considérant 99 de la directive SMA, qui insiste sur l'aspect économique (et ne fait pas référence à l'incidence culturelle) : « vu le développement du téléachat, qui représente une activité économique importante pour l'ensemble des opérateurs et un débouché réel pour les biens et les services dans l'Union, il est essentiel d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs en mettant en place des normes appropriées régissant la forme et le contenu de ces émissions ».

¹³² En particulier, on songe aux dispositions de la LPMC relatives aux contrats à distance ne portant pas sur des services financiers (art. 45 et s.).

¹³³ Voy. l'art. 18, § 3, du décret de la Communauté française.

du programme par des moyens optiques et acoustiques, présentation visant à éviter la confusion avec d'autres programmes, etc.). Aussi longtemps que le législateur communautaire se limite à régler ces aspects, l'incidence sur la compétence de l'autorité fédérale reste marginale. Plus précisément, son intervention constitue le complément indispensable, mais suffisant, des normes fédérales en matière de droit économique (lesquelles ne règlent pas spécifiquement ces aspects) et doit donc être approuvée.

Une analyse similaire peut être réalisée pour les autres sortes de communications commerciales visées par la directive SMA et les décrets de transposition. *A priori*, les autorités communautaires ne violent pas les règles de répartition des compétences si elles se bornent à réguler les questions spécifiquement posées par le fait que ces communications commerciales sont fournies dans le cadre d'un service de radiodiffusion (critère de nécessité), et uniquement celles-là (critère de proportionnalité). On trouve un bel exemple de cette hypothèse à l'article 14, § 3, du décret de la Communauté française, aux termes duquel « le volume sonore des spots de communications commerciale, ainsi que des écrans qui les précèdent ou qui les suivent, ne doit pas faire intentionnellement l'objet d'une variation, par quelque moyen que ce soit, par rapport au reste des programmes ». Les règles en matière de parrainage¹³⁴ et de placement de produit¹³⁵ tendent également à répondre aux pratiques propres aux services de radiodiffusion (ou aux services de médias audiovisuels).

On constate néanmoins que les décrets règlent également de nombreux aspects juridiques des communications commerciales qui ne sont pas spécifiques aux services de médias audiovisuels (ou de radiodiffusion) et pourraient également s'appliquer à tout type de communication commerciale (par exemple à une publicité composée d'images fixes et de textes envoyée par courrier électronique, diffusée dans un quotidien de la presse écrite ou sur un site internet). On songe notamment à l'interdiction des communications commerciales qui portent atteinte au respect de la dignité humaine, sont discriminatoires, contreviennent aux règles relatives à la propriété littéraire, artistique et industrielle¹³⁶ ou portent un préjudice physique ou moral aux mineurs¹³⁷.

La question se pose dès lors de savoir si l'intervention communautaire était nécessaire et proportionnée, par application des exigences en matière de compétences implicites. Pour le savoir, encore faut-il analyser précisément la manière dont les communications commerciales sont réglées par l'autorité fédérale. L'exercice est loin d'être facile dès lors que les dispositions normatives applicables aux communications commerciales sont disséminées dans de nombreux textes légaux ou réglementaires dont les domaines d'application respectifs se recoupent sans coïncider parfaitement (à ce propos, voy. aussi *infra*, n° 57). A l'analyse, il apparaît que des règles figurant par exemple dans le décret de la Communauté française existent également dans l'arsenal normatif fédéral.

Pour juger de la légalité de l'intervention communautaire, une démarche en deux temps s'impose.

D'abord, il convient de vérifier si les dispositions adoptées au niveau fédéral étaient également susceptibles de s'appliquer aux services de radiodiffusion (ou aux services de médias audiovisuels). On

¹³⁴ Voy. par ex. les art. 24 et s. du décret de la Communauté française.

¹³⁵ Voy. par ex. l'art. 21 du décret de la Communauté française.

¹³⁶ Art. 11 du décret de la Communauté française.

¹³⁷ Art. 13 du décret de la Communauté française.

note ainsi que la loi du 30 juillet 1981 tendant à lutter contre certains actes inspirés par le racisme et la xénophobie, qui a « pour objectif de créer [...] un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la nationalité, une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique »¹³⁸ s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, en ce compris aux organismes publics, à l'exception des matières qui relèvent de la compétence des Communautés ou des Régions¹³⁹. Aussi semble-t-il justifié que le décret énonce clairement que les communications commerciales ne peuvent « comporter ou promouvoir de discrimination en raison de la prétendue race, de l'origine ethnique, du sexe, de l'orientation sexuelle, de la nationalité, d'un handicap ou de l'âge »¹⁴⁰.

Il est toutefois de nombreuses hypothèses dans lesquelles les normes adoptées par l'autorité fédérale s'appliquent également aux cas d'espèce relevant par ailleurs de la compétence des communautés ou des régions. Aussi faut-il passer à la seconde étape du raisonnement. Celle-ci exige d'analyser la manière dont la communication commerciale est régie respectivement par l'autorité fédérale et la Communauté. La norme communautaire peut se borner à rappeler que les règles fédérales doivent être respectées : tel est le cas de l'article 11, 6°, du décret de la Communauté française, qui interdit les communications commerciales qui contreviennent aux « règles relatives à la propriété littéraire, artistique et industrielle et aux droits de la personne sur son image ». Les règles visées doivent être observées en tout état de cause ; autrement dit, même sans la mention de l'article 11, 6° du décret, la communication commerciale n'aurait pu violer ces dispositions. Le rappel peut néanmoins posséder une vertu pédagogique. Pour le reste, cet article du décret n'affecte pas la compétence fédérale : elle n'introduit pas de règle différente, susceptible d'être incompatible avec la législation fédérale mais se borne à rappeler que cette dernière doit être observée.

On note également que le décret a introduit des règles qui n'existent pas, comme telles, dans la législation fédérale. On songe spécialement aux dispositions visant à protéger les mineurs, dans le décret de la Communauté française¹⁴¹ et, à plus forte raison encore, dans le décret de la Communauté flamande¹⁴². Au niveau fédéral, l'unique disposition spécifiquement consacrée à la protection des consommateurs mineurs figure à l'article 94, 5°, de la LPMC. Celui-ci qualifie de pratique commerciale déloyale en toutes circonstances la pratique agressive ayant pour objet, « dans une publicité, [d']inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité ». Les décrets communautaires sont plus détaillés puisqu'ils interdisent également les communications commerciales qui présentent les mineurs en situation dangereuse¹⁴³ ou celles qui portent sur des jouets s'apparentant aux armes à feu¹⁴⁴. Parmi d'autres, on peut encore mentionner l'exigence suivant laquelle « la communication commerciale ne peut susciter auprès des enfants et des jeunes des sentiments de peur ou de malaise »¹⁴⁵ ou celle qui prévoit que « l'utilisation de fantaisie, en ce compris de l'animation, est autorisée dans la communication commerciale pour enfants mais il faut veiller à ce que la fantaisie et l'animation ne les induisent pas en

¹³⁸ Art. 3 de la loi.

¹³⁹ Art. 5, § 1^{er}, de la loi.

¹⁴⁰ Art. 11, 2°, du décret de la Communauté française.

¹⁴¹ Art. 13 du décret.

¹⁴² Art. 70 et s. du décret.

¹⁴³ Art. 13, 4°, du décret de la Communauté française ; art. 72, 3°, du décret de la Communauté flamande.

¹⁴⁴ Art. 73, § 4, du décret de la Communauté flamande.

¹⁴⁵ Art. 74, § 2, du décret de la Communauté flamande.

erreur sur les propriétés réelles du produit en question »¹⁴⁶. L'intervention des communautés est justifiée. A l'aune des critères de l'article 10 de la loi sp. de réformes institutionnelles, ces prescriptions sont *nécessaires* pour permettre aux communautés d'exercer leurs compétences en matière de radiodiffusion, ne serait-ce que pour transposer adéquatement la directive SMA (art. 27). En outre, l'incidence de l'intervention reste *marginale* puisque l'autorité fédérale n'était pas intervenue sur ce point. *De lege ferenda*, on pourrait d'ailleurs défendre l'idée suivant laquelle les règles des décrets en matière de protection des mineurs devraient constituer une source d'inspiration pour le législateur fédéral (à ce sujet, voy. *infra*, n° 78).

50. Compétence en matière de droits fondamentaux. La compétence des communautés dans certaines matières leur permet également de régler les droits fondamentaux liés à celles-ci. Désormais, la Cour constitutionnelle s'est clairement ralliée à cette thèse.

On observe néanmoins que sa position a évolué au fil du temps. Aux termes d'un arrêt n° 14/91, elle avait en effet jugé que le droit de réponse est « une institution de protection de la personne, rendue indispensable par la liberté de la presse et la liberté d'expression »¹⁴⁷ (garanties aux articles 19 et 25 de la Constitution) et qui relève de la compétence de l'autorité fédérale. Les auteurs de doctrine et la section de législation du Conseil d'Etat ont estimé que, dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage s'était prononcée en faveur de la compétence résiduaire de l'autorité fédérale pour les libertés publiques¹⁴⁸, excluant ainsi la compétence des législateurs communautaires ou régionaux en matière de droits fondamentaux¹⁴⁹.

Par la suite, la Cour est toutefois revenue sur sa jurisprudence¹⁵⁰ : elle a en effet reconnu que les collectivités fédérées étaient compétentes pour régler les droits fondamentaux et a confirmé ainsi

¹⁴⁶ Art. 75, § 2, al. 2, du décret de la Communauté flamande.

¹⁴⁷ Point B.3.2.

¹⁴⁸ M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 824, n° 813 ; Id., « Fédéralisme et libertés fondamentales : la transparence administrative au regard de la réforme de l'Etat », *A.P.T.*, 1993, p. 103, n° 15 et p. 105, n° 22. L'auteur se montre critique vis-à-vis de la position adoptée par la Cour d'arbitrage et estime, dans ce dernier article, que la solution consistant à considérer, sous certaines conditions, les libertés publiques comme des compétences accessoires permet de remettre en cause une « fiction éminemment contestable, à savoir que les libertés publiques constitueraient un bloc homogène de matières qui seraient réservées de manière inconditionnelle au législateur national. Il s'agit là d'une conception réductrice du concept de libertés publiques ». Voy. aussi A. SCHAUS, « L'incidence de la fédéralisation de l'Etat sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels », R. ERGEC (sous la dir. de), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 126-127, n° 7 ; C. BENEDEK et Ph. DE BRUYCKER, « La transparence de l'administration. Quelques observations à propos de l'accès aux documents administratifs en droit belge », *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 806 : selon ces auteurs, « il semble qu'on puisse tirer un enseignement de principe de cet arrêt. La Cour envisage en effet les droits fondamentaux comme une matière en soi, refusant de les rattacher en fonction de leur objet à l'un ou l'autre bloc de compétences des lois spéciales de réformes institutionnelles. Ce faisant, elle conforte la compétence du pouvoir national au titre des matières résiduelles ». Voy. également les avis de la section de législation du Conseil d'Etat : Avis du Conseil d'Etat du 18 novembre 1996 et du 13 mai 1997, n° L 25.131/VR/8, rendu dans le cadre de la proposition de décret du Parlement flamand sur le droit à la liberté d'information et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess extr. 1995, n° 82/2, pp. 22-23.

¹⁴⁹ M. UYTENDAELE précise que la Cour d'arbitrage « semble traiter les libertés publiques qui relèvent des compétences résiduelles de l'autorité fédérale comme s'il s'agissait de matières réservées » (*Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 825, n° 813).

¹⁵⁰ Telle est l'opinion de la doctrine et de la section de législation du Conseil d'Etat. Voy. l'avis du Conseil d'Etat du 18 novembre 1996 et du 13 mai 1997, n° L 25.131/VR/8, rendu dans le cadre de la proposition de décret du

l'absence de compétence exclusive du législateur fédéral en la matière¹⁵¹. Dès lors que les droits fondamentaux ne relèvent plus exclusivement de la compétence de l'autorité fédérale, il faut tenir compte de la répartition matérielle des compétences, telle que fixée par la Constitution ou les lois spéciales pour savoir qui est compétent pour régir la liberté en question¹⁵². S'agissant par exemple du droit de réponse, celui-ci est lié à l'exercice par le média, de la liberté d'expression et de la liberté de presse¹⁵³ (celles-ci sont en effet limitées par le droit de réponse). Et puisque les droits fondamentaux ne forment plus une matière en soi, il en va de même pour le droit de réponse¹⁵⁴. Sa compétence est dès lors déterminée par la matière à laquelle il est lié (en l'occurrence, la radiodiffusion). La réglementation du droit de réponse appartient donc aux communautés puisque la radiodiffusion est une matière culturelle, qui ressortit clairement à leur compétence¹⁵⁵. Cela explique que le décret de la Communauté flamande régit le droit de réponse à la radio et à la télévision en ses articles 103 et suivants.

Parlement flamand sur le droit à la liberté d'information et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess extr. 1995, n° 82/2, p. 22 ; Avis du Conseil d'Etat du 14 janvier 2003, n° L.30.993/AV/3, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess. 1999, n° 52/2, p. 16. Voy. aussi F. JONGEN, « L'indispensable réforme du droit de réponse », *op. cit.*, p. 168 ; J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiekrecht. Deel 2 : Overzicht publiekrecht*, 4^e éd., Bruges, La Chartre, 2003, p. 924, n° 1441, note 24.

¹⁵¹ C.A., arrêt n° 54/96 du 3 octobre 1996, B.9. (« il appartient à chaque législateur, dans la limite de ses compétences, d'assurer la protection des minorités, garantie entre autres par l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »). Cette position est confirmée dans des arrêts ultérieurs : saisie d'un recours en annulation contre le décret du 17 mars 1998 réglant le droit à la liberté d'information et la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs (*M.B.*, 17 avril 1998), elle estime que « la consécration par la Constitution et les traités internationaux, de droits et libertés fondamentaux ne signifie en aucune manière que leur réglementation n'appartiendrait, en tant que telle, qu'à l'autorité fédérale. C'est à chaque autorité qu'il appartient d'en assurer le respect en les concrétisant lorsqu'elle exerce les compétences qui sont les siennes » (C.A., arrêt n° 124/99 du 25 novembre 1999, B.4.4. Voy. aussi C.A., arrêt n° 124/2000 du 29 novembre 2000, B.4.2.).

¹⁵² Sur ce point, voy. A. SCHAUS, « L'incidence de la fédéralisation de l'Etat sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 125, n° 5 ; F. JONGEN, « L'indispensable réforme du droit de réponse », *op. cit.*, p. 168 ; Avis du Conseil d'Etat du 18 novembre et du 13 mai 1997, n° L.25.131/VR/8, rendu dans le cadre de la proposition de décret du Parlement flamand sur le droit à la liberté d'information et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess extr. 1995, n° 82/2, p. 28.

¹⁵³ Sur ce point, voy. l'avis du Conseil d'Etat du 14 janvier 2003, n° L.30.993/AV/3, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess. 1999, n° 52/2, p. 15.

¹⁵⁴ Cette interprétation de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 14/91 semble majoritaire mais, dans son avis du 14 janvier 2003, la section de législation du Conseil d'Etat n'exclut pas qu'une autre interprétation puisse être donnée à celui-ci. On pourrait prétendre qu'il ne vise pas la matière des droits fondamentaux comme telle mais considère uniquement le droit de réponse comme une matière à part entière (avis du Conseil d'Etat du 14 janvier 2003, n° L.30.993/AV/3, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess. 1999, n° 52/2, p. 16). Dans ce cas, il n'y aurait pas d'incompatibilité entre les divers arrêts de la Cour d'arbitrage. La section de législation ajoute que les conclusions auxquelles elle aboutit doivent être lues avec cette réserve nécessaire. Elle n'est toutefois pas favorable à cette interprétation : comme indiqué, il existe, selon elle, des raisons de douter de la compatibilité de l'arrêt de 1991 avec la jurisprudence récente de la Cour.

¹⁵⁵ En faveur de la compétence communautaire, voy. J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiekrecht. Deel 2 : Overzicht publiekrecht*, *op. cit.*, p. 510, n° 784 et p. 924, n° 1441, note 24. Voy. aussi l'Avis du Conseil d'Etat L. 26.845/4 du 25 mars 1998 concernant un avant-projet de loi relative au droit de réponse et au droit de réplique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n°s 2034/1 et 2035/1, p. 20 ; Avis du Conseil d'Etat L. 27.048/3 du 18 novembre 1997, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess. ord. 1997-1998, n° 876/1, pp. 82-83 ; Avis du Conseil d'Etat du 14 janvier 2003, n° L.30.993/AV/3, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess. 1999, n° 52/2, pp. 15-16). Pour un raisonnement similaire à propos du droit à la liberté d'information, voy. l'avis du Conseil d'Etat du 18 novembre 1996 et du 13 mai 1997, n° L.25.131/VR/8, rendu dans le cadre de la proposition de décret du Parlement flamand sur le droit à la liberté d'information et à la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess extr. 1995, n° 82/2, p. 29. Sur ces différents avis du Conseil d'Etat, voy. not. J. BAERT, « Media », G. VAN HAEGENDOREN et B. SEUTIN (eds.), *De Bevoegdheidsverdeling in het federale België*, t. 5, Bruges, La Chartre, 1999, pp. 141-142, n° 74.

On peut également se demander si, *de lege ferenda*, les communautés pourraient être appelées à intervenir dans d'autres matières liées au commerce électronique. On pense aux exonérations de responsabilité dont bénéficient certains prestataires intermédiaires conformément à la directive sur le commerce électronique. Il est en effet admis que ce régime a notamment pour objectif de promouvoir la liberté d'expression¹⁵⁶. Il est indubitable que l'internet constitue un espace privilégié permettant en principe à toute personne d'exprimer son point de vue, de discuter facilement avec des tiers, ce qui *in fine*, renforce la démocratie. Or, il est à craindre que, sans ce régime d'exonération de responsabilité, les prestataires intermédiaires – les hébergeurs, par exemple – hésitent à offrir ces espaces de discussion, par crainte d'une action en responsabilité, voire procède à une censure préventive sur les contenus à traiter.

Les décrets communautaires ne légifèrent pas sur ce point. Seule la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information règle en effet la question, en ses articles 20 et suivants. Avec les réserves tirées des conséquences que cette solution pourrait engendrer, nous sommes toutefois d'avis que, eu égard à la compétence des communautés en matière de droits fondamentaux, rien n'aurait empêché que celles-ci légifèrent pour encadrer les exonérations de responsabilité des prestataires intermédiaires qui fournissent des services pouvant être qualifiés de « radiodiffusion ».

51. Que reste-t-il du lien avec la matière culturelle dans la répartition des compétences ? La Cour constitutionnelle a posé comme principe que, « dans la répartition des compétences, la radiodiffusion et la télévision sont désignées comme une matière culturelle et c'est cette qualification qui doit servir de base à toute interprétation »¹⁵⁷.

Si l'affirmation paraît difficilement contestable eu égard à la lettre de la loi spéciale de réformes institutionnelles, on s'avise qu'elle pourrait se révéler délicate à mettre en œuvre. En soi, rien n'empêche qu'un service de médias audiovisuels ne possède pas exclusivement une portée culturelle. Le considérant n° 5 de la directive SMA souligne d'ailleurs que les services de médias audiovisuels sont des « services autant culturels qu'économiques ». Il est toutefois permis de se demander si une question ressortit toujours à la compétence communautaire en tant que matière culturelle lorsque les aspects économiques gagnent en importance au point de devenir, le cas échéant, prépondérants¹⁵⁸. Tel est par exemple le cas des services de téléachat ou des communications commerciales, visés par les décrets communautaires. Il faut reconnaître que la question ne se pose pas lorsque le régime mis en place est étroitement lié à la finalité culturelle. Tel est le cas quand de quotas de diffusion sont imposés pour les programmes de téléachat¹⁵⁹ ou les communications commerciales¹⁶⁰ : l'objectif est en effet de faire en sorte que les autres programmes, dont le caractère culturel n'est pas contestable, restent majoritaires dans la grille ou le catalogue. Pour diverses règles, néanmoins, le lien avec la

¹⁵⁶ En ce sens, E. MONTERO et Q. VAN ENIS, « Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ? », *R.L.D.I.*, 2010, pp. 88-89.

¹⁵⁷ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.4.2.

¹⁵⁸ On note d'ailleurs que, pour établir si les pratiques du marché ou la protection du consommateur relevaient de la compétence fédérale ou de celle des communautés, on s'est fondé sur des dispositions de la loi spéciale de réformes institutionnelles qui concernaient les compétences régionales (*supra*, n° 49).

¹⁵⁹ Voy. par ex. l'art. 31, § 6, du décret de la Communauté française.

¹⁶⁰ Voy. par ex. l'art. 20 du décret de la Communauté française.

finalité culturelle semble nettement plus ténue. Que penser, en effet, de l'interdiction des communications commerciales portant sur des cigarettes¹⁶¹ ou sur des armes¹⁶², voire encore de celles qui incitent « directement des mineurs à acheter ou à louer un produit ou un service en profitant de leur manque d'expérience ou de leur bonne foi »¹⁶³ ?

§ 2. Forces et faiblesses de la compétence communautaire en matière de radiodiffusion

52. Une analyse fonctionnelle... Dans la matière qui fait l'objet de notre étude, comme dans d'autres hypothèses d'ailleurs¹⁶⁴, il faut se rappeler que les règles matérielles figurant dans les textes normatifs sont, d'abord et avant tout, des moyens mis au service d'une fin.

Parmi les règles adoptées dans le domaine de la radiodiffusion (ou des services de médias audiovisuels) ou du commerce électronique, on peut citer les obligations d'information et de transparence ; l'interdiction (ou l'autorisation sous condition) de certaines communications commerciales ; la fixation de quotas pour la diffusion de programmes donnés ; la possibilité d'introduire un droit de réponse ; la mise en place de moyens techniques permettant de corriger les erreurs ; etc. Ces mécanismes ont pour but de garantir un niveau élevé de protection au bénéfice des destinataires de ces services (en particulier les consommateurs) et de faire en sorte qu'une concurrence loyale soit assurée entre les acteurs économiques.

Ces finalités intermédiaires doivent être vues comme autant de moyens au service d'un objectif plus général consistant à promouvoir le pluralisme des médias et la culture ainsi que le développement croissant d'un marché intérieur intégré qui profite à toutes les parties intéressées.

53. ...pour analyser l'incidence de la compétence communautaire en matière de radiodiffusion.

Au moment de poser un regard critique sur le cadre normatif actuellement en vigueur, pour en souligner les forces et les faiblesses, cette analyse fonctionnelle doit être mobilisée. C'est en effet à l'aune des objectifs poursuivis que l'on peut apprécier si la compétence communautaire en matière de radiodiffusion est source de difficultés, ou le cas échéant, porteuse d'avantages. Autrement dit, il convient de se poser la question de savoir si, et dans quelle mesure, cet élément a une incidence positive ou négative pour atteindre les finalités fixées.

54. Des compétences communautaires et des compétences fédérales. Nous analysons successivement les incidences de la compétence détenue, par chacune des communautés dans le domaine de la radiodiffusion (A), avant de nous pencher sur celles qui résultent de la compétence fédérale dans les matières directement liées à la radiodiffusion (B).

Nous veillons également à formuler les modifications ponctuelles qui pourraient être adoptées, *de lege ferenda*, de manière à mettre un terme aux difficultés rencontrées.

¹⁶¹ Art. 65 du décret de la Communauté flamande.

¹⁶² Art. 67 du décret de la Communauté flamande.

¹⁶³ Art. 72, 1°, du décret de la Communauté flamande.

¹⁶⁴ Pour une analyse similaire, dans le domaine du formalisme contractuel, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 70.

A. Articulation des compétences communautaires

55. Manque de cohérence. Pour garantir la sécurité juridique au profit des acteurs impliqués dans le domaine de la radiodiffusion, il importe que les règles susceptibles d'être appliquées puissent être identifiées avec précision. Il faut également veiller à ce qu'un niveau d'harmonisation élevé soit assuré, au niveau national (entre les collectivités fédérées) et au niveau international¹⁶⁵. On se prémunit ainsi du phénomène de *forum shopping*, qui aurait pu conduire un prestataire à accomplir des démarches artificielles pour être soumis à un régime juridique plus favorable, dans un autre Etat ou une autre collectivité. En outre, le respect des règles sera d'autant plus facilement atteint si celles-ci sont similaires. Enfin, d'un point de vue légistique, rien ne justifie qu'une même situation fasse l'objet d'un traitement différencié suivant le législateur à laquelle elle est soumise.

En définitive, un cadre normatif simple et cohérent est le gage d'une bonne application des règles et, *in fine*, le moyen le plus sûr pour que les objectifs poursuivis soient atteints. Pourtant, on observe de nombreuses différences entre les décrets communautaires : elles tiennent au champ d'application matériel (*infra*, n° 56) des décrets, ainsi qu'aux règles substantielles qu'ils prescrivent (*infra*, n° 57). Des différences existent également au niveau de la définition du champ d'application territorial même si, sur ce point, la difficulté majeure tient à l'identification de la collectivité compétente (*infra*, n° 58).

56. Champ d'application matériel défini différemment. Une analyse contrastée du champ d'application matériel du décret de la communauté française et de celui de la Communauté flamande permet de souligner plusieurs différences.

L'une d'elle tient à la terminologie employée : à la différence du décret de la Communauté française et de la directive SMA, le décret de la Communauté flamande préfère la notion de « radiodiffusion » à celle de « service de service de médias audiovisuels », tout en reprenant, d'une manière assez paradoxale, les termes de la définition figurant dans la directive (voy. aussi *supra*, n°s 6-7).

Alors même que les décrets communautaires transposent l'un et l'autre la directive SMA, on observe que l'expression « service de médias audiovisuels » (ou « service de radiodiffusion », en Communauté flamande) ne reçoit pas la même définition¹⁶⁶, ce qui peut avoir une incidence sur le champ d'application respectif des textes.

La communication commerciale est ainsi vue comme l'une des deux formes principales de service de médias audiovisuels, dans la directive et le décret de la Communauté flamande, alors qu'il s'agit d'une finalité du programme, parmi d'autres, dans le décret de la communauté française (voy. *supra*, n° 21). En outre, la notion même de « communication commerciale » n'est pas comprise de manière uniforme.

De lege ferenda, des modifications ponctuelles pourraient être apportées pour garantir un niveau plus élevé d'harmonisation des textes, par le biais d'une coopération renforcée entre les entités concernées.

¹⁶⁵ C'est du reste ce qui explique que le législateur européen soit intervenu en la matière, dès 1989, par l'adoption de directives successives.

¹⁶⁶ Comp. l'art. 1^{er}, § 1^{er}, de la directive SMA, l'art. 2, 26°, du décret de la Communauté flamande et l'art. 1^{er}, 48°, du décret de la Communauté française.

On doit cependant admettre que, même si elles sont de nature à instiller le doute, d'autres différences observées entre les définitions respectives des « services de médias audiovisuels » (ou des concepts qui y sont mentionnés) devraient rester sans incidence sur le fond. On songe à la référence à la finalité culturelle, dans la définition du service de radiodiffusion figurant dans le décret flamand ou à l'absence de mention des articles 56 et 57 TFUE, dans le décret de la Communauté française.

57. Différences entre les règles substantielles prescrites par les décrets. Même si de nombreuses similarités peuvent être observées dans les règles substantielles prescrites par les décrets communautaires, il existe également un grand nombre de divergences. Or, ce traitement différencié ne paraît pas nécessairement justifié par des situations distinctes.

Deux exemples, parmi d'autres, permettent de l'illustrer.

Le premier est tiré des règles applicables au droit de réponse. Le décret de la Communauté flamande contient des dispositions spécifiques à ce propos (art. 103 et s.). Par contre, la matière n'est pas réglée par le décret de la Communauté française¹⁶⁷. Aussi faut-il continuer à appliquer la loi du 23 juin 1961 sur le droit de réponse (ci-après, loi du 23 juin 1961)¹⁶⁸, en particulier les dispositions contenues dans son chapitre II, consacré au droit de réponse en matière d'audiovisuel¹⁶⁹. Il existe plusieurs différences entre les règles établies par chacun de ces textes¹⁷⁰. Ainsi, en matière d'audiovisuel, la loi du 23 juin 1961 prévoit que la réponse doit être lue « sans commentaire, ni réplique » (art. 11, § 1^{er}, al. 4), contrairement au décret de la Communauté flamande, qui autorise la réplique¹⁷¹. De même, le décret de la Communauté flamande a instauré un droit de communication (art. 113 et s.), qui n'est pas réglé par la loi du 23 juin 1961.

Le second exemple de traitement différencié a trait aux dispositions encadrant les communications commerciales à destination des mineurs. Le décret de la Communauté flamande est à cet égard très détaillé, voire casuistique (art. 70 et s.), ce qui le distingue du décret de la Communauté française, nettement plus sobre (art. 13). On note ainsi que le décret de la Communauté flamande introduit des règles distinctes pour les mineurs, les jeunes et les enfants et contient des obligations diverses qui concernent, entre autres, les communications commerciales sur les armes, les confiseries sucrées, l'alcool, ou qui celles qui encourage la violence ou un comportement illégal, antisocial ou critiquable, voire encore qui minent l'autorité, la responsabilité ou le jugement des parents et éducateurs, compte tenu des valeurs sociales et culturelles en vigueur, etc.

Sur ce point également, une concertation renforcée entre les entités concernées pourrait contribuer à garantir une plus grande cohérence entre les textes (ainsi qu'un enrichissement mutuel).

¹⁶⁷ Jusqu'en 2003, le décret du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel prévoyait en son article 40 que « les chapitres II et III de la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse, insérée par la loi du 4 mars 1977, sont applicables aux émissions visées par le présent décret ». Le décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, coordonné en 2009, remplace le décret du 17 juillet 1987 mais il ne contient pas de disposition comparable à l'article 40.

¹⁶⁸ *M.B.*, 8 juill. 1961.

¹⁶⁹ Inséré par la loi du 4 mars 1977 relative au droit de réponse dans l'audiovisuel, *M.B.*, 15 mars 1977.

¹⁷⁰ A ce propos, voy. H. JACQUEMIN, E. MONTERO et S. PIRLOT DE CORBION, « Le droit de réponse dans les médias », *op. cit.*, pp. 31 et s.

¹⁷¹ L'article 109, § 3, du décret énonce en effet qu'« en cas de réplique à la réponse insérée ou de commentaires relativement à celle-ci, celui qui a requis le droit de réponse peut requérir un nouveau droit de réponse, conformément aux conditions du présent décret ».

58. Difficultés rencontrées au moment d'identifier la collectivité territorialement compétente. En Belgique, la matière de la radiodiffusion est régie par les décrets des Communautés française, flamande et germanophone, ainsi que par la loi fédérale pour la Région de Bruxelles-Capitale (*supra*, n° 5).

Aussi faut-il être en mesure de désigner la collectivité territorialement compétente dans une hypothèse donnée, de manière à identifier le texte normatif qui devra lui être appliqué. La question se pose avec d'autant plus d'acuité que les règles substantielles imposées par les décrets diffèrent à de nombreux égards. La question intéresse le prestataire qui souhaite fournir des services de médias audiovisuels et qui doit circonscrire précisément les règles qu'il sera tenu d'observer (et, notamment, les formalités qu'il lui faudra accomplir pour exercer son activité). Elle intéresse également la personne qui souhaite exercer son droit de réponse à la suite d'une émission de télévision jugée calomnieuse à son égard (c'est l'exemple que nous retenons pour la suite).

A l'analyse, la réponse à cette question peut se révéler délicate et être source de contentieux. Dès lors qu'elle dépasse le cadre de cette étude, nous nous limiterons à quelques considérations générales.

Conformément à l'article 127, § 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, les décrets des Communautés française et flamande « ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise, ainsi qu'à l'égard des institutions établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté ». En dépit d'une répartition exclusive des compétences, certaines politiques peuvent produire des effets au-delà des frontières de la communauté¹⁷². Dans ce cas, comme l'a noté la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 54/96 du 3 octobre 1996, les « effets extraterritoriaux potentiels de promotion de la culture ne peuvent contrarier la politique culturelle de l'autre communauté ». En réalité, plutôt que de se référer à un territoire donné, il faut recourir à la notion d'aire de compétence : dans deux arrêts de 1986, la Cour d'arbitrage dispose ainsi que « dans le respect des dispositions constitutionnelles, les Conseils de Communautés peuvent déterminer le critère ou les critères en application desquels l'objet des normes qu'ils adoptent est localisé, selon eux, dans leur aire de compétence. Les critères choisis sont, toutefois, soumis au contrôle de la Cour, laquelle a pour mission de veiller à ce que les Conseils n'excèdent ni leur compétence matérielle, ni leur compétence territoriale »¹⁷³. Dans chaque hypothèse, il faut donc vérifier si le média audiovisuel dans lequel le requérant souhaite introduire sa réponse relève de la Communauté française, flamande ou germanophone, voire de la loi fédérale.

Pour établir les médias qui relèvent de leur compétence, les décrets énoncent divers critères.

En Communauté française, par exemple, il convient de se référer à l'article 2 du décret. Conformément à cette disposition, tout éditeur de services, tout distributeur de services, et tout opérateur de réseau qui relève de la compétence de la Communauté française est soumis au décret (art. 2, § 2). Le champ

¹⁷² F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2000, p. 613, n° 702.

¹⁷³ C.A., arrêt n° 9/86 du 30 janvier 1986, point 5.B.1. ; C.A., arrêt n° 10/86 du 30 janvier 1986, point 8.B.1. Sur ces arrêts, voy. M. UYTENDAELE, « Existe-t-il un droit interrégional privé en Belgique ? (Réflexions suggérées par les arrêts de la Cour d'arbitrage du 30 janvier 1986) », *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. II, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 785-799.

d'application est assez large puisque sont notamment visés l'éditeur de services établi en Région de langue française (art. 2, § 3, 1^o) ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale et dont les activités doivent être rattachées exclusivement à la Communauté française (art. 2, § 3, 2^o)¹⁷⁴, ou celui « qui est établi dans un Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'Accord sur l'Espace économique européen vis-à-vis duquel il a été constaté [...] que ses activités sont entièrement ou principalement tournées vers le public de la Communauté française et qu'il s'est établi dans l'un de ces Etats en vue de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables s'il relevait de la compétence de la Communauté française (art. 2, § 7).

Le décret de la Communauté flamande ne contient pas pareille disposition déterminant, de manière générale, les prestataires relevant de sa compétence. La lecture combinée des dispositions du décret permet toutefois de les identifier. Il s'applique notamment aux organismes de radiodiffusion sonore dont « les installations d'émission [...] sont situées dans la région de langue néerlandaise ou dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, et dans la zone de desserte des organismes de radiodiffusion sonore nationaux, régionaux ou locaux » (art. 135 du décret de la Communauté flamande).

Pour éviter toute confusion et garantir une application uniforme, il serait peut-être souhaitable d'introduire une disposition prévoyant que les règles relatives au droit de réponse s'appliquent aux prestataires établis sur le territoire de la Communauté ou dont les activités sont principalement dirigées vers celle-ci. Du reste, ce critère permettrait également de déterminer la loi applicable dans une perspective internationale.

59. Avantages résultant de la multiplication des législateurs. Si les différences dans le niveau d'harmonisation peuvent être vues comme une faiblesse du cadre normatif, il est également possible d'en tirer avantage, par le jeu d'un enrichissement mutuel.

Aussi, au moment d'avancer des propositions *de lege ferenda* visant à renforcer l'efficacité des règles en vigueur, nous pourrions trouver une source d'inspiration intéressante dans certaines d'entre elles. Par exemple, on verra que le décret de la Communauté flamande contient de très bonnes mesures en matière de droit de réponse, et qu'elles pourraient être transposées dans d'autres textes (*infra*, n° 82).

B. Articulation entre les compétences communautaires et fédérales

60. Dispositions légales ou réglementaires fédérales pertinentes pour notre propos. Diverses dispositions légales ou réglementaires adoptées au niveau fédéral peuvent s'appliquer utilement aux services de médias audiovisuels, tels que visés par les décrets communautaires. On pense à la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur¹⁷⁵ (ci-après, LPMC) ou à certaines dispositions spécifiques, en matière de publicité pour le tabac et les médicaments, par exemple. Rien n'empêche, *a priori*, qu'elles s'appliquent aux services de médias audiovisuels.

Plus précisément, si des difficultés d'articulation se posent – par exemple, parce que des hypothèses couvertes par les textes communautaire et fédéral seraient soumis à des règles incompatibles (en termes de sanction, notamment) –, elles ne résultent pas directement des règles de répartition des

¹⁷⁴ Le décret précise ensuite dans quelles hypothèses l'éditeur de services est réputé établi en région de langue française ou en région bilingue de Bruxelles-Capitale (art. 2, § 4).

¹⁷⁵ M.B., 12 avril 2010.

compétences. Des problèmes de compatibilité comparables se rencontrent en effet dans l'hypothèse de textes légaux adoptés par une même autorité¹⁷⁶⁻¹⁷⁷.

Il existe cependant des difficultés d'articulation lorsque l'on souhaite appliquer de manière concurrente les décrets communautaires et la LSSI. Aussi veillerons-nous à examiner de manière approfondie et contrastée les champs d'application respectifs de ces textes, ainsi que les notions clés qui leur donnent corps.

61. Notions de « service de médias audiovisuels » et de « service de la société de l'information ».

Au nombre des règles applicables au commerce électronique figure, en premier ordre, la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (ci-après, LSSI). Aussi importe-t-il d'articuler cette loi avec les décrets communautaires, en particulier pour les hypothèses du commerce électronique pouvant être qualifiés de « services de médias audiovisuels » (ou de « services de radiodiffusion », en Communauté flamande). La question se pose en effet de savoir si, en plus d'être couvertes par les décrets communautaires, elles entrent également dans le champ d'application de la loi. Pour y répondre, nous analysons la notion de « service de la société de l'information », qui circonscrit le domaine d'application de la LSSI, et la comparons à celle de « service de médias audiovisuels ».

Le service de la société de l'information est défini à l'article 2, 1°, de la LSSI comme étant « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service »¹⁷⁸.

Par souci de clarté dans l'exercice de comparaison, nous examinons successivement l'exigence d'un service presté normalement contre rémunération (*infra*, n° 62) ; la prestation à distance et par voie électronique (*infra*, n° 63) ainsi que la demande individuelle d'un destinataire du service (*infra*, n° 64). Nous nous pencherons aussi sur les conditions complémentaires posées par la directive SMA et les décrets communautaires de transposition (*infra*, n° 65).

62. Service presté normalement contre rémunération. L'existence d'un « service presté normalement contre rémunération », qui doit caractériser le service de la société de l'information, correspond à la condition du « service tel que défini aux articles 56 et 57 du TFUE », figurant dans la définition du « service de médias audiovisuels » de la directive SMA (à ce sujet, voy. *supra*, n°s 17 et s.).

¹⁷⁶ Pour des exemples, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, op. cit.

¹⁷⁷ Même si l'on reconnaît volontiers que, dans ce cas de figure, cette autorité peut fort bien procéder à adopter un nouveau texte tout en apportant des modifications à des règles édictées par ailleurs, de manière à garantir une plus grande compatibilité. Cette manière de faire est évidemment impossible lorsque l'autre texte dont la compatibilité est discutée a été adopté par une autre autorité : une loi fédérale ne peut pas modifier un décret communautaire (et inversement).

¹⁷⁸ Voy. aussi l'art. 1^{er}, 2°, de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information (J.O. L 24 du 21 juillet 1998), auquel renvoie l'article 2, a), de la directive sur le commerce électronique.

Eu égard à la manière dont le service est compris au sens des articles 56 et 57 TFUE, les conditions sont identiques. Cette première exigence ne fait donc pas obstacle à ce qu'un service de médias audiovisuels soit également qualifié de service de la société de l'information.

63. Service presté à distance et par voie électronique. La LSSI exige que le service soit presté non seulement à distance, mais également par voie électronique¹⁷⁹. Dès lors que cette étude se focalise sur des hypothèses ressortissant globalement au commerce électronique (*supra*, n^{os} 12 et s.), les conditions sont satisfaites *de facto*.

On trouve d'ailleurs un écho à cette exigence dans la définition du service de médias audiovisuels, qui requiert que les programmes soient fournis par des réseaux de communications électroniques (voy. *supra*, n^o 30).

64. Service presté à la demande individuelle d'un destinataire du service. L'exigence d'un « service presté à la demande individuelle d'un destinataire du service »¹⁸⁰ constitue l'unique élément qui pourrait conduire à ce qu'un service de médias audiovisuels ne puisse être qualifié de « service de la société de l'information » au sens de la LSSI.

En marge de la définition du service de la société de l'information, la directive sur le commerce électronique énonce qu'elle n'est pas applicable aux services de radiodiffusion sonore et aux services de radiodiffusion télévisuelle visés à l'article 1^{er}, a), de la directive « Télévision sans frontières »¹⁸¹. En outre, à l'annexe V de la directive 98/34/CE (à laquelle renvoie la directive sur le commerce électronique), il est précisé que ne sont pas fournis à la demande individuelle d'un destinataire du service les « services fournis par l'envoi de données sans appel individuel et destinés à la réception simultanée d'un nombre illimité de destinataires (transmission « point à multi-point ») : a) services de radiodiffusion télévisuelle (y compris la quasi vidéo à la demande) visés à l'article 1^{er}, point a), de la directive 89/552/CEE ; b) services de radiodiffusion sonore ; c) télétexte (télévisuel) ».

Ces considérations étaient de nature à instiller le doute : on pouvait en effet se demander si les notions de « service de la société de l'information » et de « radiodiffusion » étaient complémentaires et devaient nécessairement être comprises de manière intégrées (l'une par opposition à l'autre). La Cour de justice a toutefois confirmé l'autonomie des définitions déposées dans chacun des textes¹⁸². La référence à la directive 89/552/CEE dans la directive 98/34/CE a uniquement pour objet d'exclure certains services de la notion de services de la société de l'information. Le but n'est donc pas de définir le service de radiodiffusion, dont les contours restent circonscrits par la directive 89/552/CE.

¹⁷⁹ Au sens de l'art. 1^{er}, 2), de la directive 98/34/CE (et, par voie de conséquence, de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique, qui renvoie à celle-ci), l'expression par « voie électronique » vise « un service envoyé à l'origine et reçu à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et qui est entièrement transmis, acheminé et reçu par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques ».

¹⁸⁰ On note que l'art. 1^{er}, 2^o, de la directive 98/34/CE indique, de manière tautologique, que les termes « à la demande individuelle d'un destinataire de services » désignent le « service fourni par transmission de données sur demande individuelle ».

¹⁸¹ Voy. aussi le considérant n^o 18 de la directive sur le commerce électronique.

¹⁸² C.J.C.E., 2 juin 2005, C-89/04, *Mediakabel*, points 17-25.

On sait toutefois que, suite aux modifications apportées en 2007 à la directive SMA, et intégrées dans les décrets de transposition, ressortissent désormais à la notion de « service de médias audiovisuels » (ou de radiodiffusion, en Communauté flamande), non seulement les services linéaires, mais également les services non linéaires (*supra*, n^{os} 27 et s.). Autrement dit, le champ d'application de ces textes est plus étendu que celui de la directive 89/552/CE¹⁸³.

Il reste à établir si cette extension du champ d'application des textes précité a une incidence sur la manière dont il convient de les articuler avec la directive sur le commerce électronique et la loi de transposition, à l'aune de la notion de « service de la société de l'information » et des services qui en sont exclus.

S'agissant des services linéaires, il paraît difficilement contestable que la LSSI demeure inapplicable¹⁸⁴.

Par contre, pour les services non linéaires, des hésitations sont permises. On peut ainsi se demander si un service de médias audiovisuels à la demande – par exemple, un service de vidéo à la demande accessible sur l'internet – peut recevoir les deux qualifications pour être soumis aux décrets communautaires et à la LSSI.

A s'en tenir à la manière dont les exclusions sont formulées dans la directive sur le commerce électronique et l'annexe V de la directive 98/34/CE, un service de médias audiovisuels non linéaire peut être qualifié de « service de la société de l'information » et entrer dans le champ d'application de la directive sur le commerce électronique (et de la LSSI). Il semble en effet que l'exclusion des services de radiodiffusion télévisuelle et de radiodiffusion sonore n'était justifiée que par la circonstance qu'ils n'étaient pas fournis sur demande individuelle d'un destinataire du service. Dès lors que les services de médias audiovisuels non linéaires sont fournis sur demande individuelle, rien n'indique de les soustraire aux règles de la directive sur le commerce électronique (et de la LSSI). Si le législateur européen avait souhaité les exclure, il lui aurait fallu modifier la directive 98/34/CE, à laquelle renvoie la directive sur le commerce électronique, *quod non*.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle nous amène cependant à une lecture plus nuancée. Celle-ci juge en effet que « lorsqu'on délimite les compétences respectives de l'Etat et des communautés en matière d'informations électroniques, il convient de garder à l'esprit que la radiodiffusion et la télévision ont été confiées aux communautés en tant que matière culturelle. Le législateur fédéral est compétent pour régler les *autres* aspects des services de la société de l'information [...] »¹⁸⁵. Il est donc sous-entendu que des services de la société de l'information ressortissent à la compétence communautaire en raison de leur portée culturelle. Ceux-ci ne peuvent cependant être régis par le législateur fédéral. L'exercice concurrent des compétences étant exclu, la Cour en déduit que la définition du service de la société de l'information déposée à l'article 2, 1°, de la LSSI « doit être interprété en ce sens qu'il ne comprend pas les services de radiodiffusion et de

¹⁸³ On rappelle d'ailleurs qu'en Belgique, la tendance avait été amorcée par la Cour constitutionnelle, avant même les modifications normatives.

¹⁸⁴ Art. 1^{er}, 2°, et annexe V de la directive 98/34/CE. A juste titre, ces textes n'ont pas été modifiés en 2007 pour exclure de leur champ d'application les services de médias audiovisuels.

¹⁸⁵ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.11.1. Nous soulignons. Voy. aussi C.A., arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004, B.4.3.

télévision tels que définis au B.10. »¹⁸⁶, lesquels couvrent également les services fournis sur demande individuelle.

Ce n'est pas la notion de « service de la société de l'information » en tant que telle qui empêcherait de considérer que les services de médias audiovisuels non linéaires puissent être qualifiés de la sorte. Seules les règles de répartition des compétences, telles qu'interprétées par la Cour constitutionnelle exigeraient d'exclure du champ d'application de la loi fédérale les services de la société de l'information susceptible de ressortir à la compétence des communautés (en l'occurrence, les services de médias audiovisuels non linéaires).

En pratique, on peut cependant faire une double lecture de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Primo, on considère qu'un même service doit, pour tous les aspects juridiques qui le concernent, être qualifié, soit de service de la société de l'information, soit de service de médias audiovisuels, soit de service de la société de l'information et de service de médias audiovisuels. Cette dernière hypothèse retient notre attention. La LSSI ne s'applique pas aux services de la société de l'information qui peuvent également être qualifiés de services de médias audiovisuels, qu'ils soient linéaires ou non linéaires. En s'écartant de cette interprétation, on contreviendrait en effet aux règles de répartition des compétences en permettant à l'autorité fédérale d'intervenir dans une matière – la radiodiffusion – attribuée exclusivement aux communautés¹⁸⁷.

Secundo, et c'est la lecture qui a notre préférence, pour un même service, une application distributive est possible. Pour certains de ses aspects, il peut être considéré comme un service de médias audiovisuels, soumis aux décrets communautaires ; pour d'autres aspects, par contre, il doit être vu comme un service de la société de l'information, régi par la LSSI. Dès lors que l'application est distributive, on n'applique la LSSI que pour les aspects du service qui sont étrangers aux objectifs poursuivis par les règles applicables aux services de médias audiovisuels – et qui sont donc étrangers à la matière culturelle. Aussi ne viole-t-on pas les règles de répartition des compétences puisque l'autorité fédérale n'intervient pas, *stricto sensu*, dans le domaine de la radiodiffusion. Cette interprétation, dont on reconnaît le caractère subtil, à l'avantage de permettre l'application de la LSSI et des règles de protection qu'elle édicte, de sorte que la directive sur le commerce électronique soit correctement transposée en droit belge.

Cela signifie, par exemple, que lorsque l'on achète un film à travers un service de Video on Demand, par l'internet ou auprès de son fournisseur de télévision numérique, les décrets communautaires s'appliquent (et notamment les règles visant à promouvoir la production cinématographique européenne – finalité culturelle), mais également les dispositions de la LSSI, qui protègent le destinataire du service – en particulier le consommateur¹⁸⁸ – qui s'engage par voie électronique. Ces

¹⁸⁶ C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.11.1. Voy. aussi C.A., arrêt n° 155/2004 du 22 septembre 2004, B.5.

¹⁸⁷ Il en résulte que, pour transposer adéquatement la directive sur le commerce électronique, dont le champ d'application n'exclut pas les services de médias audiovisuels non-linéaires, les communautés devraient en principe intervenir. Cette solution ne serait toutefois pas sans poser de difficultés et, si elle devait être suivie, des mécanismes devraient être mis en place pour en tempérer les effets négatifs (*infra*, n°).

¹⁸⁸ Conformément à l'art. 11, al. 1^{er}, de la LSSI, « les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement aux dispositions de l'article 7, § 1^{er}, 8°, ainsi que des articles 8, § 1^{er}, 9 et 10 ».

dispositions se justifient par la distance qui sépare les parties et par le recours aux technologies de l'information et de la communication, qui pourraient ne pas être parfaitement maîtrisées par certains utilisateurs. Aussi le législateur impose-t-il de fournir diverses informations portant notamment sur les langues proposées pour la conclusion du contrat ou les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat¹⁸⁹. De même il est requis du prestataire qu'il mette à la disposition du destinataire du service les moyens techniques appropriés lui permettant d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger¹⁹⁰. Un accusé de réception contenant un récapitulatif de la commande doit également être envoyé au destinataire, sans délai injustifié et par voie électronique¹⁹¹.

65. Conditions complémentaires posées par la notion de « service de médias audiovisuels ». La comparaison entre les notions de « service de la société de l'information » et de « service de médias audiovisuels » montre que cette dernière pose des conditions complémentaires.

A la différence du « service de la société de l'information », qui couvre tout type de service au sens du TFUE, la définition du service de médias audiovisuels impose en outre que son objet principal soit la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public (sur ces conditions, voy. *supra*, n^{os} 19 et s.). En outre, il est requis que le service relève de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de services de médias (sur cette condition, voy. *supra*, n^{os} 22 et s.).

§ 3. Synthèse des pistes de solution envisageables

66. Changer radicalement les règles de répartition des compétences ou les maintenir en procédant à des ajustements pour réduire les effets négatifs. Dès lors que diverses difficultés résultent directement des règles de répartition des compétences en vigueur en Belgique, la première solution qui vient à l'esprit réside logiquement dans une modification de ces règles. Plus précisément, deux pistes radicales pourraient d'abord être suivies : refédéraliser certaines matières ou, au contraire, communautariser un plus grand nombre d'entre elles. Ni l'une, ni l'autre ne nous paraît toutefois satisfaisante. Aussi croyons-nous nécessaire de nous accommoder de la répartition actuelle des compétences, tout en mettant en place certains aménagements, telle la conclusion d'un accord de coopération. On note d'un raisonnement similaire semble avoir été suivi par la Cour constitutionnelle dans un arrêt du 14 juillet 2004 : elle a en effet jugé que « la convergence technologique des secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, en particulier l'usage commun de certaines infrastructures de transmission, fait apparaître, *en cas de maintien de la répartition actuelle des compétences*, l'absolue nécessité de prévoir une coopération entre l'autorité fédérale et les communautés pour déterminer les compétences du régulateur »¹⁹².

¹⁸⁹ Art. 8, § 1^{er}, de la LSSI.

¹⁹⁰ Art. 9 de la LSSI.

¹⁹¹ Art. 10 de la LSSI.

50 et s.

¹⁹² C.A., arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004, B.5.1 (pour un commentaire de cet arrêt et des formes que pourrait prendre cet accord de coopération dans le secteur des communications électroniques, voy. R. QUECK et P. VALCKE (avec la collaboration de Q. COPPIETERS'T WALLANT), « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004 : percée ou impasse ? », *R.D.T.I.*, 2005, pp. 68-71). Voy. aussi, C.A., arrêt n° 128/2005 du 13 juillet 2005, B.5.1.

67. Refédéraliser certaines matières ? La première solution, assez radicale, à envisager, consiste à transférer à l'autorité fédérale des compétences actuellement dévolues aux Communautés. Plus précisément, elle pourrait conduire à transférer globalement la matière de la radiodiffusion ou certaines questions plus spécifiques, comme le droit de réponse¹⁹³. Sur ce dernier point, les incertitudes liées à la compétence pourraient aussi être exploitées : le législateur fédéral pourrait faire fi des protestations et adopter une loi réformant le droit de réponse dans les différents médias¹⁹⁴.

Même si elle permet probablement de régler un grand nombre de difficultés, cette solution doit être écartée. Elle est en effet peu réaliste d'un point de vue politique, au vu des tendances qui semblent se dessiner, à moyen terme, en termes de répartition des compétences. Dès lors que le cadre normatif établi au niveau communautaire pour réguler la matière de la radiodiffusion est désormais très élaboré et s'est accompagné de la création d'institutions (telles que le VRM ou le CSA, par exemple) chargée d'en garantir le respect, on imagine mal qu'il soit, du jour au lendemain, réduit à néant.

En outre, les difficultés ne doivent pas occulter la manière, somme toute assez satisfaisante, dont les Communautés ont légiféré dans le domaine de la radiodiffusion et l'enrichissement mutuel qui peut en résulter sur le plan légistique.

68. Confier de nouvelles matières aux entités fédérées ? La seconde solution, également radicale, pourrait consister à transférer des matières actuellement gérées par l'autorité fédérale aux entités fédérées (les régions ou les communautés, suivant le cas). On songe aux règles en matière de protection du consommateur ou celles applicables aux services de la société de l'information et qui relèvent, actuellement, de la compétence fédérale.

Cette solution doit cependant être écartée. Ces matières exigent en effet d'être traitées de manière cohérente et globale au niveau fédéral. L'adoption de dispositions normatives différentes dans chacune des entités fédérées pourrait en effet constituer un obstacle au développement de ces opérations commerciales (dès lors qu'elles pourraient exiger des prestataires qu'ils se soumettent à des règles potentiellement différentes suivant le destinataire concerné). En outre, de délicates questions de droit « interrégional/intercommunautaire » privé belge ne manqueraient pas de se poser. Une telle solution, consistant à fragmenter inutilement le cadre normatif actuel, paraîtrait du reste assez paradoxale eu égard aux objectifs poursuivis en droit européen et visant précisément à mettre en place un marché intérieur intégré et performant.

Du reste, il nous semble que ces matières ne seraient pas réglées plus efficacement par les entités communautaires qu'elles ne le sont, actuellement, par l'autorité fédérale.

69. Conservation de la répartition actuelle des compétences et aménagements des conséquences qui en résultent. Pour l'heure, la meilleure option nous paraît être de maintenir les règles de répartition des compétences actuellement en vigueur, conformément à la Constitution et à la loi de

¹⁹³ F. JONGEN, « L'indispensable réforme du droit de réponse », *AM*, 2000, p. 168 ; K. LEMMENS, *La presse et la protection de l'individu. Attention aux chiens de garde !*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 360, n° 493.

¹⁹⁴ Pour autant que le processus législatif aboutisse, il est vraisemblable qu'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle serait introduit. Une telle solution, si elle a le mérite de mener probablement à une situation plus claire, n'est pourtant pas de nature à garantir la paix communautaire ; elle est donc à proscrire.

réformes institutionnelles, tout en procédant à divers ajustements de nature à en atténuer les effets négatifs.

Dans cette perspective, il convient de mobiliser les mécanismes expressément prévus par les textes, de nature défensive ou constructive¹⁹⁵. Il importe ainsi de garantir la cohérence la plus grande possible entre les règles adoptées par chacune des entités fédérées, d'une part, l'autorité fédérale, d'autre part (voy. *supra*, n^{os} 55 et s.). Pour éviter les discordances injustifiées entre les régimes propres à chaque média et mettre en place des régimes comparables dans l'audiovisuel, on peut notamment encourager la conclusion d'un accord de coopération, entre les collectivités concernées (voy. l'art. 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles)¹⁹⁶.

Divers ajustements, plus ponctuels, et que nous avons présentés au moment d'analyser les difficultés rencontrées, pourraient également être rappelés (*supra*, n^{os} 49 et s.).

Section 2. Difficultés résultant de la notion de « service de médias audiovisuels » et de son régime

70. Difficultés additionnelles indépendantes des règles de répartition des compétences. Au-delà des difficultés étroitement liées aux règles de répartition des compétences, on constate que la notion même de « services de médias audiovisuels », ainsi que le régime consacré à ceux-ci, peuvent engendrer diverses difficultés¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Voy. M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, op. cit., pp. 993 et s. ; Y. LEJEUNE, op. cit., pp. 549 et s.

¹⁹⁶ Voy. C.A., arrêt n^o 132/2004 du 14 juillet 2004, point B.5.1. Voy. aussi les points 6.1. et suivants du même arrêt. Pour rappel, la Cour était saisie d'un recours en annulation de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution et de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et elle a estimé qu'« en règle, l'absence de coopération dans une matière pour laquelle le législateur spécial ne prévoit pas d'obligation à cette fin n'est pas constitutive d'une violation des règles de compétence. Toutefois, en l'espèce, les compétences de l'Etat fédéral et des Communautés en matière d'infrastructure des communications électroniques sont devenues à ce point imbriquées, par suite de l'évolution technologique, qu'elles ne peuvent plus être exercées qu'en coopération. Il s'ensuit qu'en réglant unilatéralement la compétence du régulateur des télécommunications, le législateur a violé le principe de proportionnalité propre à tout exercice de compétences » (point B.6.2.). Pour un commentaire de cet arrêt et des formes que pourrait prendre cet accord de coopération dans le secteur des communications électroniques, voy. R. QUECK et P. VALCKE (avec la collaboration de Q. COPPIETERS-T WALLANT), « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004 : percée ou impasse ? », *R.D.T.I.*, 2005, pp. 68-71). Voy. aussi C.A., arrêt n^o 128/2005 du 13 juillet 2005, B.5.1. ou l'avis du Conseil d'Etat du 14 janvier 2003, n^o L.30.993/AV/3, *Doc. parl.*, VI. Parl., sess. 1999, n^o 52/2, p. 17. Dans un arrêt du 8 novembre 2006, la Cour constitutionnelle a jugé qu'« il ressort de ce qui précède que l'infrastructure et les services de transmission électronique communs à la radiodiffusion et à la télévision, d'une part, et aux télécommunications, d'autre part, doivent être réglés en coopération entre l'Etat fédéral et les communautés, afin de faire en sorte que ces autorités harmonisent leurs normes respectives et pour éviter que cette infrastructure et ces services soient soumis à des dispositions contradictoires » (C.A., arrêt n^o 163/2006 du 8 novembre 2006, B.4.). En l'absence d'accord de coopération, les recours en annulation dirigés contre les dispositions litigieuses sont déclarés fondés par la Cour constitutionnelle (C.A., arrêt n^o 128/2005 du 13 juillet 2005, B.6.4. ; C.A., arrêt n^o 163/2006 du 8 novembre 2006, B.10).

¹⁹⁷ En d'autres termes, nous nous penchons, dans ce paragraphe, sur les difficultés qui se seraient posées de manière identique dans un Etat unitaire (avec un seul législateur compétent).

Compte tenu de l'objet de notre étude, seules les questions directement liées aux aspects juridiques du commerce électronique retiennent notre attention. Plus précisément, nous tâcherons de montrer qu'à divers égards, le cadre normatif est *inutilement complexe*, voire source d'*incohérence* (§ 1^{er}), et qu'il n'est *pas adapté* à certaines difficultés posées par les hypothèses du commerce électronique pouvant être qualifiées de « services de médias audiovisuels » (§ 2).

Nous veillerons aussi à formuler des propositions *de lege ferenda* de nature à réduire, autant que possible, ces difficultés.

§ 1^{er}. Complexité et manque de cohérence du cadre normatif

71. Interprétation de la notion de services de médias audiovisuels. Le premier chapitre de cette étude a montré que la notion même de « services de médias audiovisuels » pouvait être source de controverses. Ces difficultés d'interprétation ont été clairement mises en évidence par l'exercice de qualification auquel nous nous sommes livré (voy. spéc. *supra*, n^{os} 32 et s.).

Il en résulte une insécurité juridique préjudiciable aux acteurs économiques. Les difficultés qu'ils éprouvent pour identifier les règles auxquelles ils sont soumis n'empêcheront pas qu'ils soient, le cas échéant, sanctionnés, s'il apparaît qu'ils n'ont pas respecté certaines règles. Par voie de conséquence, la réalisation des objectifs poursuivis par la directive et les décrets de transposition, en termes de promotion de la culture ou de protection du consommateur, par exemple, sera compromise.

Pour résoudre ces difficultés, le législateur européen – suivi des législateurs nationaux – pourrait intervenir et clarifier la définition de certains critères (le caractère accessoire du texte, par rapport aux images, par exemple), de sorte qu'ils soient mieux adaptés aux caractéristiques des éléments du commerce électronique susceptibles d'être couverts. La Cour de justice de l'Union européenne pourrait également être appelée à interpréter certains éléments de la notion. A défaut, on peut espérer que les autorités compétentes de chaque Etat membre (de préférence, agissant de concert) élaborent des documents explicatifs de nature à répondre aux questions légitimes du secteur.

72. Eléments du commerce électronique envisagés en tant que services non linéaires. Il est également frappant de constater que les éléments du commerce électronique ressortissant à la notion de services de médias audiovisuels sont qualifiés de la sorte en tant que services non linéaires. A l'origine, les services non linéaires envisagés par les directives adoptées dans le secteur de l'audiovisuel concernaient principalement les services de vidéo à la demande. Désormais, c'est par cette notion que les éléments du commerce électronique entrent dans le champ d'application de la directive et des décrets de transposition. En quelque sorte, ils y entrent par une « porte dérobée », en étant soumis à un régime nettement moins contraignant que les services linéaires.

Eu égard à leur importance grandissante (et compte tenu de leurs spécificités), on peut donc se demander si les éléments du commerce électronique de nature audiovisuelle ne mériteraient pas de faire l'objet de règles à part entière, tout en étant désignés d'une manière plus claire par les dispositions légales ou réglementaires. Autrement dit, leur encadrement normatif devrait avoir lieu par « la grande porte ».

73. Articulation des normes potentiellement applicables. La complexité du cadre normatif se traduit également par l'articulation délicate entre, par d'une part, les règles applicables aux services de médias audiovisuels, d'autre part, celles en matière de protection des consommateurs ou de services de la société de l'information. Les domaines d'application respectifs de ces textes se recouvrent en effet, sans coïncider parfaitement. Le risque existe donc que, dans certains cas de figure, les normes soient incompatibles entre elles. Cette complexité est d'ailleurs renforcée par le manque de cohérence dans la définition des notions clés. Par exemple, la « publicité » ne reçoit pas une définition similaire dans les décrets communautaires, la LPMC et la LSSI.

La cohérence terminologique, souvent plus imputable au législateur européen qu'au législateur national, peut être réglée facilement.

Pour le reste, la cohérence voudrait qu'à côté des règles générales applicables en matière de protection du consommateur (la LPMC, par exemple), on se limite, dans les législations particulières justifiées par le recours à une technologie donnée (la LSSI, par exemple) ou à un mode spécifique d'extériorisation des contenus (les décrets communautaires, par exemple), aux règles nécessaires pour répondre aux difficultés posées par cette technologie ou ce mode spécifique d'extériorisation des contenus. Pour l'heure, on observe malheureusement que les décrets communautaires (certes sous l'impulsion du législateur européen) contiennent des règles très détaillées sur les communications commerciales, qui se bornent parfois à répéter ce qui est déjà prescrit par ailleurs (voy. aussi *supra*, n° 49).

§ 2. Faiblesses du cadre normatif à l'aune des défis posés par les éléments du commerce électronique qualifiés de services de médias audiovisuels

74. Insuffisances et enrichissement mutuel. A divers égards, le cadre normatif actuellement en vigueur nous paraît insuffisant ou inadapté pour répondre à certaines difficultés spécifiques posées par les éléments du commerce électronique qualifiés de services de médias audiovisuels. Par souci de clarté, nous choisissons de limiter l'analyse à la LSSI, la LPMC et aux décrets communautaires.

Nous examinons successivement les dispositions de la LSSI et de la LPMC, qui ne sont pas nécessairement adaptées au caractère audiovisuel des éléments du commerce électronique (A) et celles des décrets communautaires qui pourraient ne pas convenir aux éléments de « commerce électronique » des services de médias audiovisuels (B). Nous verrons aussi que, dans tous les cas, la sanction susceptible d'être prononcée en cas de méconnaissance des règles prescrites ou l'absence d'obligation à charge du particulier peuvent faire l'objet de critiques (C).

En formulant les propositions *de lege ferenda*, nous montrerons que la multiplication des législateurs potentiellement compétents peut également constituer un atout, en ce qu'il permet un enrichissement mutuel des textes normatifs.

A. Faiblesses de la LSSI et de la LPMC pour répondre à certaines exigences du commerce électronique audiovisuel

75. Explication des faiblesses du cadre normatif actuel. La directive sur le commerce électronique – et la loi de transposition – s’applique aux services de la société de l’information. Nous avons vu que la notion pouvait couvrir des hypothèses susceptibles d’être qualifiées par ailleurs de services de médias audiovisuels. Il faut toutefois reconnaître que les règles prescrites ont été adoptées à une époque où les services du web 2.0 (réseaux sociaux, sites de partage de contenus, etc.) n’existaient pas comme tels. En outre, les limites techniques du matériel ne permettaient pas d’intégrer autant de contenus audiovisuels dans les pages internet. On ne s’étonne donc pas que les règles prescrites par ces textes, et pensées dans un contexte donné, puissent poser des difficultés d’application à certains cas de figure (*infra*, n° 76) ou se révéler insuffisantes face à aux réalités que nous connaissons aujourd’hui dans le domaine de l’audiovisuel (*infra*, n^{os} 77 et s.).

Une analyse similaire peut être réalisée pour la LPMC. La participation des mineurs à des transactions commerciales ou leur confrontation à certains contenus sont sans doute accentuées par l’utilisation des nouveaux moyens de communication, notamment audiovisuels. En outre, il n’est pas surprenant que certaines notions clés (celles de bien ou de service) n’aient pas été construites à l’aune des contenus numériques, dont l’apparition reste, somme toute, assez récente.

76. Difficultés rencontrées pour l’application de certaines règles. Les difficultés rencontrées pour l’application de certaines règles peuvent être notamment illustrées par le manque d’unité de la jurisprudence, principalement française, chargée de mettre en œuvre les exonérations de responsabilité prévues par la directive sur le commerce électronique dans le contexte du web 2.0. La question se pose en effet de savoir si, et dans quelles circonstances, une plateforme d’échange de contenus, un blog ou un moteur de recherche peut être considéré comme un hébergeur et bénéficier de l’exonération de responsabilité. Une consultation a été lancée pour envisager une révision de la directive sur le commerce électronique, notamment le régime des exonérations de responsabilités. Aussi peut-on espérer qu’à moyen terme, les nouveaux services de l’internet soient mieux appréhendés par le cadre légal. Dans l’intervalle, seules la jurisprudence de la CJUE ou des juridictions nationales sera de nature à clarifier la situation.

De nombreux contrats conclus au moyen des technologies de l’information et de la communication, portent désormais sur des contenus numériques ou digitaux. On vise notamment les films ou les jeux vidéo, qui peuvent être acquis par leur destinataire moyennant la délivrance d’un support physique (CR-ROM, DVD, ...) envoyé par La Poste, mais également *online*, à l’issue d’une opération de téléchargement. Il est également possible que ces contenus soient exécutés directement en ligne (*cloud gaming*, dans le contexte du *cloud computing* ou film visionné par *streaming*). La question se pose de savoir si ces contenus sont couverts par la LPMC et, dans l’affirmative, s’ils constituent des « biens », des « services » ou/et des « produits ». L’analyse est assurément complexe : les contenus numériques présentent de nombreux visages, qui appellent des régimes juridiques différenciés¹⁹⁸. Pour

¹⁹⁸ Sur cette question, voy. H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l’incidence des technologies de l’information et de la communication sur certaines pratiques du marché », *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 63 et s. Voy. aussi F. COPPENS, M. DEMOULIN, R. ROBERT et S. DUSOLLIER, *Digital products in the acquis communautaire in the field of consumer protection*, Research study for the BEUC, 2009 ; M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 7 et s., n^{os} 8 et s.

comprendre précisément le problème et ses enjeux, nous croyons nécessaire d'opérer une distinction entre le contenu numérique en tant que tel (le film, par exemple) et la manière dont celui-ci est fourni à son destinataire (par téléchargement, streaming, sur un support physique, dans le contexte du *cloud computing*, etc.)¹⁹⁹. On pourrait ainsi soutenir que le contenu numérique en tant que tel est de nature incorporelle et ne répond pas à la définition de « bien ». Le cas échéant, il pourrait toutefois être considéré comme un « service »²⁰⁰. Un régime cohérent pourrait ainsi être appliqué à tout type de contenu numérique. Il faut en effet éviter de traiter de manière différente un même contenu numérique, en fonction de la manière dont il est transmis. Par contre, s'agissant de son mode de fourniture, des qualifications différentes persisteront, suivant qu'il est transmis sur un support physique (CD-ROM, DVD, etc.), qui constitue un bien meuble corporel ou non. Parallèlement, on doit se rappeler que l'exercice de qualification des contenus numériques n'a de sens qu'à la lumière du régime juridique que l'on souhaite leur appliquer (octroi d'un droit de rétractation, renforcement des obligations d'information ou, le cas échéant, mise en place d'un mécanisme fonctionnellement équivalent). Aussi faut-il également s'interroger sur les mécanismes de protection qui devraient s'appliquer aux contenus numériques en tant que tels ou à la manière dont ceux-ci sont fournis à leur destinataire, de sorte que la typologie choisie reflète adéquatement les conclusions auxquelles cette analyse aura mené. Cette réflexion dépasse cependant le cadre de la présente contribution²⁰¹. Elle n'en reste pas moins urgente et, pour garantir la sécurité juridique, il faut espérer une clarification jurisprudentielle ou, mieux, une intervention législative au niveau européen.

77. Cadre normatif inadapté. Plusieurs caractéristiques des services de médias audiovisuels disponibles sur le net, et dont le développement va croissant, montrent à quel point le cadre normatif n'est pas adapté. Nous retenons deux de ces caractéristiques.

On observe qu'il s'agit de contenus qui, dans diverses hypothèses, s'adressent à des mineurs et que, dans certains cas, ils peuvent être fournis au moyen d'un appareil mobile (m-commerce).

78. Protéger des mineurs. Les mineurs d'âge sont désormais présents en grand nombre sur l'internet, principalement par le biais des réseaux sociaux, des blogs ou des chats. Dans ce cadre notamment, ils constituent une cible de choix pour les annonceurs publicitaires ; ils peuvent également être amenés à conclure des contrats (pour acheter des sonneries de téléphone portable, par ex.) et à effectuer des paiements à travers les réseaux.

Nonobstant le rôle économique croissant qu'ils sont appelés à jouer, les mineurs ne sont expressément visés que par de très rares dispositions légales ou réglementaires, en matière de

¹⁹⁹ Sur la distinction entre le support physique et les autres moyens de fourniture des contenus numériques, d'une part, le contenu numérique en tant que tel, d'autre part, ainsi que la qualification de chaque élément, voy. S. DUSOLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 398 et s. ; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Namur, PUN, 1998, pp. 238 et s. ; A. LUCAS, « La responsabilité civile du fait des 'choses immatérielles' », *Etudes offertes à Pierre Catala – Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Paris, Litec, 2001, pp. 816 et s.

²⁰⁰ La notion est d'ailleurs plus large que sous l'empire de la LPCC, puisque, désormais, est visée « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire » (art. 2, 6°, de la LPMC).

²⁰¹ Pour des pistes de réflexion, voy. M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, op. cit., pp. 12-14, n° 12 ; pp. 65-66, n° 89 et pp. 71-72, n°s 98-99 ; H. JACQUEMIN, « Digital Content and Consumer Protection within European Law », A. ARNAB et J.-N. COLIN (Eds.), *Virtual Goods '10*, Namur, PUN, 2010, pp. 41-57.

pratiques du marché ou de protection du consommateur²⁰². Tout au plus peut-on citer l'article 94, 5°, de la LPMC²⁰³.

Il importe cependant que les publicités soient adaptées à leur âge et à leur sensibilité. De même, en admettant qu'ils jouissent de suffisamment d'autonomie pour conclure des contrats sur le net²⁰⁴, une protection adaptée doit leur être apportée, pour garantir leur consentement informé et réfléchi. Cela implique que le mode de communication soit adapté et qu'il existe des garde-fous pour empêcher certains achats ou, au moins, leur permettre de revenir sur leur engagement s'il apparaît que leur consentement n'était pas réfléchi ou qu'ils ont été victimes d'un abus de la part d'une entreprise.

C'est notamment sur ce thème de la protection des mineurs que les textes normatifs peuvent s'enrichir mutuellement. En effet, dès lors qu'il existe de nombreuses règles visant à protéger ceux-ci dans les décrets communautaires, en tant que destinataires de communications commerciales, on pourrait songer à intégrer certaines de ces règles dans la loi sur les pratiques du marché et la protection du consommateur. L'initiative pourrait néanmoins se heurter à un obstacle de taille : on pourrait en effet considérer que de ces nouvelles règles méconnaissent le caractère d'harmonisation complète de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs²⁰⁵. En vertu de cette harmonisation maximale, les Etats membres ne sont pas autorisés à adopter des mesures plus restrictives que celles prévues par la directive, même si leur objectif est d'assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs²⁰⁶. Encore faut-il que l'hypothèse entre dans le champ d'application de la directive. Elle s'applique aux *pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs*²⁰⁷. La notion couvre « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »²⁰⁸. Il s'agit d'une formulation particulièrement large susceptible de couvrir de très nombreuses pratiques. Il existe cependant des hypothèses dans lesquelles le législateur national retrouve sa marge de manœuvre²⁰⁹ : la directive s'applique en effet sans préjudice du droit des contrats²¹⁰ ou des dispositions nationales relatives à la santé et à la sécurité des produits²¹¹. Les

²⁰² Sous réserve des dispositions prévues par les décrets communautaires.

²⁰³ Suivant cette disposition, constitue une pratique commerciale agressive, déloyale en toutes circonstances la pratique ayant pour objet, dans une publicité, d'« inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité ». Cette disposition n'est toutefois pas à l'abri des critiques.

²⁰⁴ S'agissant de leur capacité à conclure des contrats par le biais des réseaux, il convient de se référer aux législations nationales : en Belgique, par exemple, l'incapacité générale d'exercice qui les frappe les empêche de poser seuls des actes juridiques. Il est toutefois fait exception à cette règle dans diverses hypothèses, en particulier lorsqu'il s'agit d'actes de la vie courante.

²⁰⁵ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.C.E.*, n° L 149 du 11 juin 2005.

²⁰⁶ Voy. l'art. 4 de la directive. Voy. aussi C.J.U.E., 14 janvier 2010, aff. C-304/08, *Plus*, point 41 ; C.J.U.E., 23 avril 2009, aff. jointes C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB NV et Galatea BVBA*, point 52.

²⁰⁷ Art. 3 (1) de la directive.

²⁰⁸ Art. 2 (d) de la directive. Voy. aussi l'art. 2, 29°, de la LPMC.

²⁰⁹ Outre les hypothèses citées, voy. les différents cas de figure mentionnés à l'art. 3 de la directive et aux considérants 6 et s.

²¹⁰ Art. 3 (2) de la directive.

prescriptions légales concernant le bon goût et la bienséance sont également exclues²¹², tout comme « les pratiques commerciales déloyales qui portent atteinte uniquement aux intérêts économiques des concurrents ou qui concernent une transaction entre professionnels »²¹³. *A priori*, de nombreuses règles visant à protéger les mineurs devraient entrer dans le champ d'application de la directive (ce qui empêche le législateur d'intervenir sur ce point). Aussi faut-il espérer que l'initiative de protéger les mineurs dans d'autres domaines que les services de médias audiovisuels soit prise au niveau européen.

79. Recours aux appareils mobiles. On constate également l'utilisation croissante des appareils mobiles (téléphones portables, smartphones et autres iPad ou iPhones) pour rechercher de l'information, échanger des messages ou conclure des contrats en vue d'acquérir des biens ou des services. Or, un certain nombre d'éléments permettent de distinguer le commerce mobile du commerce électronique classique, et exigent, par conséquent, l'application d'un régime différencié. Ils tiennent principalement aux limites techniques de l'instrument (comment accomplir les obligations d'informations imposées par ailleurs sur un écran plus petit ? comment le faire par un échange de SMS ? comment archiver les données ? peut-on imprimer un SMS ? peut-on faire migrer l'information qu'il contient sur un autre support ? peut-on identifier avec certitude les parties ?).

Nonobstant l'importance croissante du phénomène, rares sont les règles qui permettent actuellement de répondre aux difficultés du commerce mobile²¹⁴. La solution pourrait être, par exemple, d'étendre le principe d'équivalence fonctionnelle²¹⁵ à d'autres exigences que les règles de forme. Le raisonnement serait le même : on recherche les fonctions poursuivies par la règle que l'on ne peut respecter en raison des limites techniques de l'instrument (une obligation d'information, par exemple) et s'il apparaît que ces fonctions ont été atteintes par ailleurs (au moyen d'un mécanisme alternatif, par exemple), on considère que l'exigence a été valablement accomplie.

B. Faiblesses des décrets communautaires pour répondre à certaines exigences du commerce électronique audiovisuel

80. Origine des faiblesses. Les règles tirées des décrets communautaires qui transposent la directive SMA sont principalement justifiées par le caractère « audiovisuel » du service de média. Aussi ne sont-elles pas nécessairement adaptées l'utilisation des technologies de l'information et de la communication.

²¹¹ Art. 3 (3) de la directive.

²¹² Considérant n° 7 de la directive.

²¹³ Considérant n° 6 de la directive. A ce sujet, voy. C.J.U.E., 14 janvier 2010, aff. C-304/08, *Plus*, points 38-40 (pour un commentaire, voy. F. LONGFILS, « Arrêt 'Plus' : la Cour de justice intensifie sa jurisprudence en matière de pratiques commerciales déloyales », *J.D.E.*, pp. 77 et s.).

²¹⁴ Voy. toutefois l'art. 90, § 3, de la LPMC. Le recours à certains moyens de communication peut imposer des limites d'espace (en cas de transaction commerciale nouée au moyen d'un appareil mobile, tel un *smartphone*, par exemple) ou de temps (en cas de transaction commerciale nouée par téléphone ou de spot publicitaire diffusé à la radio, par exemple). A peine de compromettre inutilement l'utilisation de ces techniques, en les considérant comme des pratiques commerciales trompeuses par omission, le législateur accepte qu'il soit tenu compte de ces limites et « de toute mesure prise par l'entreprise pour mettre les informations à la disposition du consommateur par d'autres moyens ».

²¹⁵ On se fonde généralement sur ce principe pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique. Voy. par ex. l'art. 16 de la LSSI.

Deux exemples, relatifs au champ d'application *ratione personae* des textes et au cadre normatif applicable au droit de réponse dans les médias, sont successivement analysés.

81. Champ d'application *ratione personae*. *Ratione personae*, pour tout service de médias audiovisuels, on peut distinguer le prestataire et son destinataire.

Le premier – qualifié suivant le cas « organisme de radiodiffusion »²¹⁶, « fournisseur de services de médias »²¹⁷ ou « éditeur »²¹⁸ – est visé et défini par les textes. Dès lors qu'il fournit un service au sens des articles 56 et 57 TFUE, on peut supposer qu'il agit généralement à des fins professionnelles. Cette précision ne figure toutefois pas dans les définitions de la directive SMA ou des décrets de transposition.

Le destinataire n'est défini que par le décret de la Communauté française, qui le qualifie d'« utilisateur ». Il est compris de manière large comme « toute personne qui utilise, à une ou plusieurs reprises, un ou plusieurs services de médias audiovisuels d'un distributeur de services »²¹⁹. Aucune indication n'est donnée quant à l'utilisation professionnelle ou non du service. Aussi faut-il conclure, *a priori*, que les deux branches de l'alternative sont visées.

Il est intéressant de noter que la doctrine²²⁰ ou le législateur européen, dans les considérants précédant la directive SMA²²¹, n'hésitent pas à qualifier cet utilisateur de « consommateur ». Pourtant, les textes légaux en tant que tels n'emploient pas cette notion. En outre, elle n'est pas correcte à l'aune des définitions figurant dans les dispositions normatives encadrant les pratiques du marché et la protection du consommateur²²². Rien n'empêche en effet qu'une personne physique utilise un service de médias audiovisuels à des fins professionnelles (un conseiller en placement qui visionnerait un programme très spécialisé l'informant sur la performance de certains produits financiers, par exemple). Or, si cette personne peut bénéficier de l'application des décrets communautaires, elle n'est pas protégée par les règles spécifiquement applicables aux consommateurs.

On peut comprendre le recours au terme « consommateur » par la doctrine et le législateur. Cette hypothèse constitue en effet le *id quod plerumque fit*. Avec la diversité des services de médias audiovisuels susceptibles d'être fournis par les nouveaux médias, et notamment la multiplication des programmes thématiques spécialement dédiés à un public professionnel, la question se pose de savoir s'il ne faudrait pas opérer une distinction, pour l'application de certaines règles²²³, entre les services fournis à des fins professionnelles ou, au contraire, à des fins excluant tout caractère professionnel.

²¹⁶ Art. 2, 27°, du décret de la Communauté flamande.

²¹⁷ Art. 1^{er} (1) (d) de la directive SMA.

²¹⁸ Art. 1^{er}, 16°, du décret de la Communauté française.

²¹⁹ Art. 1^{er}, 60°, du décret de la Communauté française.

²²⁰ Voy. not. E. MALARET GARCIA, « De la télévision aux services de médias audiovisuels : le champ d'application matériel de la directive Services de médias audiovisuels », *La directive services de médias audiovisuels*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 35, 38 et s.

²²¹ Voy. les considérants n^{os} 12, 44, 47, 79, 83, 90, 99.

²²² Voy. par ex. l'art. 2, 3°, de la LPMC.

²²³ Celles qui sont justifiées par la faiblesse supposée du destinataire du service (en matière de communication commerciale ou de téléachat, par exemple).

82. Règles applicables au droit de réponse. L'analyse des règles encadrant le droit de réponse dans les médias montre qu'il existe des incertitudes au moment d'appliquer celles-ci à des informations diffusées par le biais de l'internet, même si, *a priori*, le caractère écrit ou audiovisuel de ces informations confirme que tel devrait être le cas²²⁴. En outre, certains éléments du régime du droit de réponse ne sont pas adaptés aux spécificités de ces nouveaux médias : on songe à l'exigence de périodicité du média, au délai d'exercice du droit de réponse (durée et point de départ) et aux conditions relatives à la publication de la réponse. Il en résulte que, pour ces règles, un régime différencié, qui tiendrait compte de ces caractéristiques propres, devrait être mis en place²²⁵. Tel n'est pourtant pas le cas actuellement, ni au niveau fédéral, ni au niveau fédéré, en Communauté française ou germanophone (pour les matières relevant de leurs compétences respectives).

La Communauté flamande fait exception : la section consacrée au droit de réponse contient en effet des dispositions spécifiquement applicables aux services de médias audiovisuels non linéaires (art. 103 et s.). Cette approche devrait être suivie par les autres législateurs. Il s'agit d'un nouvel exemple de l'enrichissement mutuel que permet la multiplication des législateurs.

C. Insuffisances communes aux deux catégories de textes normatifs

83. Deux exemples. Des critiques peuvent être adressées aux deux catégories de textes normatifs (la LSSI et la LPMC, d'une part, les décrets communautaires de transposition, d'autre part). Nous en retenons deux. La première a trait aux sanctions susceptibles d'être prononcées en cas de méconnaissance des règles prescrites et la seconde tient aux obligations qui pourraient être imposées aux particuliers.

84. Sanction. L'existence d'une sanction efficace conditionne généralement le bon respect des normes. Elle doit être raisonnable et proportionnée, de nature à encourager les prestataires à respecter leurs obligations, mais sans risquer une instrumentalisation de la part des destinataires.

A cet égard, on peut regretter que les sanctions figurant dans les décrets communautaires, d'une part, la LPMC ou la LSSI, d'autre part, ne répondent pas adéquatement à ces exigences. On peut aussi regretter qu'en Communauté française, par exemple, le Collège d'autorisation et de contrôle du CSA se limite à sanctionner les violations du décret SMA et ne puisse prendre des mesures suite à la méconnaissance d'autres dispositions légales ou réglementaires, spécialement en droit de la consommation. Il ne saurait être question de donner au CSA les compétences des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire. Par souci d'efficacité, on pourrait cependant imaginer que certains membres de son personnel puissent, à l'instar de fonctionnaires du SPF économie, être commissionnés par le ministre pour rechercher et constater les infractions aux dispositions de la LPMC²²⁶. Ce faisant, ils pourraient également adresser au contrevenant un avertissement le mettant en demeure de mettre fin

²²⁴ H. JACQUEMIN, E. MONTERO et S. PIRLOT DE CORBION, « Le droit de réponse dans les médias », *R.D.T.I.*, 2007, pp. 32-33.

²²⁵ H. JACQUEMIN, E. MONTERO et S. PIRLOT DE CORBION, « Le droit de réponse dans les médias », *op. cit.*, pp. 51 et s. Voy. aussi l'Avis n° 5 de l'Observatoire des Droits de l'Internet sur « le droit de réponse dans les médias » ; P.-F. DOCQUIR, « Le 'droit de réponse 2.0' ou la tentation d'un droit subjectif d'accès à la tribune médiatique », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007, pp. 306 et s.

²²⁶ Art. 133, § 1^{er}, de la LPMC.

à son acte²²⁷ et, en l'absence de réaction de sa part, introduire une action en cessation, aviser le procureur du Roi ou proposer un règlement transactionnel²²⁸.

85. Obligations susceptibles d'être imposées aux particuliers. Il n'est désormais plus rare qu'une personne privée, que l'on pourrait d'ailleurs qualifier de « consommateur », fournisse de nombreux contenus audiovisuels sur son blog, à travers une plateforme d'échange de contenus, ou par le biais des réseaux sociaux, le cas échéant en les organisant. Aussi longtemps que ces contenus sont offerts gratuitement (sans rémunération d'aucune sorte pour la personne privée) ou avec la volonté de toucher un grand nombre de personnes (mais pas le public en général, cependant), l'opération peut difficilement être qualifiée de service au sens des articles 56 et 57 TFUE. Aussi échappe-t-elle à l'application des décrets communautaires et de la LSSI. Quant à la LPMC, elle ne s'applique pas aux transactions commerciales nouées entre des consommateurs et ne couvre donc pas l'hypothèse citée. On peut toutefois se demander si, même dans cette hypothèse, l'action du consommateur ne devrait pas faire l'objet de règles spécifiques.

A tout le moins, une obligation d'identification, portant sur ses nom, prénom, adresse, etc. pourrait, *de lege ferenda*, lui être imposée (de nature à faciliter l'exercice du droit de réponse²²⁹ ou une action en responsabilité).

²²⁷ Art. 123 de la LPMC.

²²⁸ Art. 123 et 136 de la LPMC.

²²⁹ En ce sens, voy. l'avis n° 5 de l'Observatoire des Droits de l'Internet, consacré au « Droit de réponse dans les médias ». On peut y lire que « l'article 299 du Code pénal sanctionne la publication ou la distribution d'imprimés dans lesquels ne serait pas reprise « l'indication vraie du nom et du domicile de l'auteur ». Contrairement au droit français, il n'existe actuellement en droit belge aucune obligation de mentionner le nom et l'adresse de l'éditeur responsable d'informations diffusées par le biais des nouveaux médias. Une telle obligation serait souhaitable dans la mesure où il n'est pas toujours simple pour un requérant de savoir à qui s'adresser pour exercer son droit de réponse » (point 2.2.1).

CONCLUSION

86. Questions juridiques posées par la convergence entre les médias. Avec le développement constant des technologies de l'information et de la communication, il n'est plus rare, désormais, que les contenus audiovisuels occupent une place importante sur les pages internet de nombreux sites. Les web TV fleurissent en grand nombre sur les sites des quotidiens de la presse écrite ; les plateformes de partage de contenus connaissent un succès grandissant ; la plupart des télévisions permettent de revoir les émissions diffusées antérieurement sur leur site internet ; de nombreux films sont disponibles en vidéo à la demande, sur le net ou par l'entremise d'un fournisseur de télévision numérique, etc.

Ces hypothèses partagent une double caractéristique.

D'une part, elles ressortissent globalement à la matière du commerce électronique. Celle-ci couvre notamment, dans l'environnement numérique, les communications commerciales, la conclusion des contrats, les pratiques du marché et la protection du consommateur, les questions de responsabilité, le droit des médias, etc. Il en résulte que les dispositions légales ou réglementaires encadrant ces aspects juridiques du commerce électronique sont susceptibles de s'appliquer aux cas d'espèce qui nous occupent. On songe à la LSSI ou à la LPMC.

D'autre part, eu égard au caractère audiovisuel des contenus, des règles additionnelles sont potentiellement applicables. Il s'agit principalement de la directive sur les services de médias audiovisuels et des décrets communautaires qui la transposent en droit belge. Les objectifs poursuivis par leurs dispositions sont principalement de nature culturelle – même si la finalité économique n'est pas absente – en ce qu'elles promeuvent la production européenne, veillent à maintenir un équilibre entre les communications commerciales et les autres contenus, garantissent le pluralisme des médias, etc.

D'un point de vue juridique, eu égard à ces caractéristiques, la convergence des médias pose deux questions principales. D'abord, il convient d'établir si ces contenus audiovisuels, ressortissant à la matière du commerce électronique, peuvent être qualifiés de services de médias audiovisuels. Il résulte en effet de cette qualification que les services relèvent de la compétence des Communautés et que les règles prescrites par la directive SMA et les décrets communautaires trouvent à s'appliquer. Cette conséquence n'est pas sans poser de problème. Des difficultés tiennent à la mise en œuvre et aux conséquences des règles de répartition des compétences. D'autres sont par contre en lien direct avec la notion même de service de médias audiovisuel et son régime.

Ces deux questions ont structuré notre étude. Dans les lignes qui suivent, nous reprenons quelques éléments substantiels de notre analyse.

87. Éléments du commerce électronique pouvant être qualifiés de services de médias audiovisuels. Pour identifier les hypothèses du commerce électronique susceptibles d'être qualifiées de « services de médias audiovisuels », nous avons examiné de manière approfondie les éléments constitutifs de la notion déposés dans la directive SMA et les décrets de transposition. Au-delà des différences d'ordre terminologique ou conceptuel entre les textes (sur la manière de concevoir la

communication commerciale, par exemple), nous avons pu constater que l'interprétation de certains critères était incertaine à l'aune des cas d'espèce qui avaient été retenus. On songe à la question de savoir si, sur une page web donnée, le contenu audiovisuel est accessoire au contenu textuel (ou l'inverse). Des propositions *de lege ferenda* ont dès lors été formulées.

In fine, il nous a été possible de distinguer les hypothèses couvertes par la notion (web TV qui propose des contenus originaux ou de rattrapage, service de vidéo à la demande, etc.) ou, au contraire, exclues de celle-ci (plateforme de partage des contenus, web TV diffusant des contenus politiques, vidéos postées par des particuliers à des fins privées, etc.).

88. Difficultés posées par la qualification en SMA et pistes de solution. Plusieurs difficultés peuvent résulter de la qualification des éléments du commerce électronique en services de médias audiovisuels.

Elles tiennent d'abord à la répartition des compétences entre les communautés et l'autorité fédérale. Les hypothèses visées ressortissent au domaine de l'audiovisuel mais également à la protection du consommateur, à l'exercice de droits fondamentaux, etc. L'intervention concurrente de plusieurs législateurs n'était donc pas à exclure. A cet égard, plusieurs principes directeurs, de nature préventive, ont pu être rappelés. L'intervention normative de l'autorité fédérale ou des entités fédérées se justifie par l'existence d'un but déterminé (la protection du consommateur, la promotion de la culture, etc.) que les règles prescrites visent à atteindre. C'est cet objectif, combiné au souci d'efficacité, qui doit guider la répartition des compétences. On doit ainsi admettre qu'à la lumière de leurs compétences dans les matières culturelles, les communautés soient les mieux à même de régir certains aspects des communications commerciales audiovisuelles (pourtant également liées au droit de la consommation et des pratiques du marché), en vue de protéger les mineurs, ou de garantir un équilibre entre celles-ci et les autres contenus. Pour le reste, il faut également veiller à un niveau plus élevé d'harmonisation entre les textes adoptés par les différentes entités, notamment par la conclusion d'un accord de coopération.

La notion même de « service de média audiovisuel », ainsi que son régime, peuvent être source de difficultés. Outre la complexité et le manque de cohérence du cadre normatif, nous avons souligné plusieurs faiblesses des textes spécifiquement applicables au commerce électronique, eu égard au caractère audiovisuel des contenus – contenus numériques, mineurs, m-commerce, etc. – ou, au contraire, celle des dispositions spécifiquement applicables aux SMA, eu égard à des caractéristiques relevant du commerce électronique – droit de réponse, protection du consommateur. Pour les résoudre, nous avons notamment montré que, si la pluralité de législateurs pouvait compliquer l'analyse, elle était également une source d'enrichissement mutuel et d'inspiration (pour la protection des mineurs ou le droit de réponse dans les médias).

89. Un cadre normatif à corriger ponctuellement et à interpréter de manière fonctionnelle, pour répondre aux besoins évolutifs de la pratique. En définitive, nous sommes d'avis que le cadre normatif actuel ne doit pas faire l'objet d'une révolution pour encadrer efficacement les éléments du commerce électronique qualifiés de services de médias audiovisuels.

Au-delà de certaines modifications ponctuelles, des principes directeurs, tels que l'analyse fonctionnelle des règles et la neutralité technologique, permettront de lever de nombreux obstacles. Une attitude pragmatique des autorités chargées d'interpréter et d'appliquer les règles est également requise

De cette manière, le développement de ces nouveaux services se poursuivra, au profit des tous les acteurs concernés (les professionnels et les consommateurs) et, *in fine*, de l'intérêt général.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI.
CHAPITRE 1^{ER} : ÉLÉMENTS DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE POUVANT ÊTRE CONSIDÉRÉS COMME DES SERVICES DE	
RADIODIFFUSION	6
SECTION 1 ^{ERE} . DÉTERMINATION DES HYPOTHÈSES RESSORTISSANT À LA NOTION DE COMMERCE ÉLECTRONIQUE	8
SECTION 2. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA « RADIODIFFUSION » OU DU « SERVICE DE MÉDIAS AUDIOVISUELS »	11
§ 1 ^{ER} . Une communication commerciale ou un service dont l'objet est la fourniture de programmes dans le but d'informer, de divertir ou d'éduquer le grand public.....	12
§ 2. Un service relevant de la responsabilité éditoriale d'un fournisseur de service de média.....	19
§ 3. Un service linéaire ou à la demande à destination du grand public.....	24
§ 4. Un service fourni par des réseaux de communications électroniques	28
SECTION 3. SYNTHÈSE ET APPLICATION À CINQ CASE STUDIES RETENUS	29
CHAPITRE 2. DIFFICULTÉS POSÉES PAR CETTE QUALIFICATION ET PISTES DE SOLUTION	34
SECTION 1. DIFFICULTÉS LIÉES AUX RÈGLES DE RÉPARTITION DES COMPÉTENCES	34
§ 1 ^{ER} . Etendue des compétences communautaires en matière de commerce électronique.....	34
A. Principe d'attribution exclusive des compétences et conséquences	35
B. Aménagements à la mise en œuvre du principe d'attribution exclusive des compétences	38
§ 2. Forces et faiblesses de la compétence communautaire en matière de radiodiffusion.....	49
A. Articulation des compétences communautaires.....	50
B. Articulation entre les compétences communautaires et fédérales.....	53
§ 3. Pistes de solution.....	58
SECTION 2. DIFFICULTÉS RÉSULTANT DE LA NOTION DE « SERVICE DE MÉDIAS AUDIOVISUELS » ET DE SON RÉGIME	60
§ 1 ^{ER} . Complexité et manque de cohérence du cadre normatif.....	61
§ 2. Faiblesses du cadre normatif à l'aune des défis posés par les éléments du commerce électronique qualifiés de services de médias audiovisuels	62
A. Faiblesses de la LSSI et de la LPMC pour répondre à certaines exigences du commerce électronique audiovisuel.....	63
B. Faiblesses des décrets communautaires pour répondre à certaines exigences du commerce électronique audiovisuel.....	66
C. Insuffisances communes aux deux catégories de textes normatifs.....	68
CONCLUSION	70
TABLE DES MATIÈRES	73